

أساس اختلاف جنس المعقود عليه" دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي".  
*The basis of the difference between the sex of the contracted*  
*"A comparative study of Islamic jurisprudence"*

بحث مشترك مقدم من قبل  
 الاستاذ الدكتور علي شاکر عبد القادر البدری  
 الباحث ولید هادی کاظم الکلابی  
 جامعة كربلاء / كلية القانون

### الخلاصة.

لقد وردت فكرة اختلاف جنس المعقود عليه في القانون المدني العراقي والقوانين المدنية محل المقارنة في العديد من النصوص القانونية والتي دفعت لذلك النص هو الغاية التي ينشدها القانون و المتمثلة بالمحافظة على العقود من الفسخ والبطالان والإبقاء عليها صحيحة و نافذة وعدم زعزعة المراكز القانونية للأفراد، كما نجد له ابعادا متعددة من حيث السند الفقهي والقانوني وهذه المسألة التي أثارت خلافا حادا بين فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون على حد سواء، فمنهم من يعد اختلاف الجنس بمثابة غلط يشوب العقد، ومنهم من يراه يعدم العقد باعتبار التعاقد على شيء معدوم غير جائز، والبعض يؤسسه على حالة الهلاك، لذلك لا بد من بيان الأساس الذي يقوم عليه هذا الاختلاف من خلال استعراض نصوص تلك القوانين وبيان آراء الفقه حول الأساس الذي يقوم عليه اختلاف جنس المعقود عليه.

الكلمات المفتاحية: أساس ، اختلاف ، جنس المعقود ، الأندام ، الغلط أساسًا.

### Abstract.

The idea of the difference of the sex of the subject of the contract has been mentioned in the Iraqi civil law and the civil laws in question in many legal texts, which prompted that text, which is the end sought by the law And represented in preserving contracts from rescission and invalidity and keeping them valid and enforceable and not destabilizing the legal positions of individuals, as we find it has multiple dimensions in terms of jurisprudential and legal authority Some of them consider the difference of sex as a mistake that taints the contract, and some of them consider that the contract is nullified, as the contract on a non-existent thing is not permissible, and some base it on the state of doom. Which is based on the difference of sex contracted it.

**Key words:** Basis , difference , knotted sex , nothingness , Basically wrong.

**المقدمة.****أولاً / موضوع البحث.**

في الوقت الذي يحرص فيه الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على حد سواء على مراعاة عينية المعقود عليه على نحو يميزه عن غيره عند التعاقد عن طريق بيان جنسه، من أجل المحافظة على سلامة العقد بوصفه تصرفاً قانونياً ونتاج الإرادة التي تتجه لأحداث أثر قانوني، ومن أجل ابرامه بشكل صحيح وتنفيذه طبقاً لما تملبه إرادة اطرافه وبالصورة التي حصل الاتفاق عليها، إلا أن هذا لا يمكن أن يحدث في جميع الأحوال، إذ يختلف جنس المعقود عليه فنكون أمام جنس آخر غير المتفق عليه، الأمر الذي يستوجب بيان أساس هذا الاختلاف لا شك أن مسألة تحديد أساس اختلاف جنس المعقود عليه ليست بالمهمة السهلة، بل تواجه مهمة صعبة في بيان ذلك الأساس ومشروعية إضافته، خاصة وإن المصطلحات القانونية تستمد مشروعيتها من إرادة المشرع أو من القواعد الفقهية، والسبب يعزى الى غياب النصوص القانونية الذي يمكن أن تكون أساساً قانونياً أو عدم ملائمة تلك النصوص التي وضعها المشرع والذي يمكن الاعتماد عليها للقول بأن أساس اختلاف الجنس يكمن في النص المذكور، خاصة وأن الكثير من الالتزامات بين المتعاقدين لم تنظم بنصوص قانونية خاصة، وحتى التي نظمت أو قننت منها لم تكن معالجة المواد القانونية له بصورة تامة.

**ثانياً / أهمية البحث.**

تكمن أهمية اختلاف جنس المعقود عليه في كون هذا الموضوع بتطبيقاته المتعددة في أكثر من مادة قانونية وحالاته المتشعبة لم نجد من يسعى إلى لم شتاته المتناثر في الموضوعات المتعددة في إطار دراسة شاملة، كما نرى أن أهمية الموضوع تأتي من قلة الدراسات القانونية له بالرغم من وجود تطبيقات متعددة له.

**ثالثاً / أشكالية البحث.**

وردت فكرة اختلاف الجنس في العديد من نصوص القانون المدني العراقي بشكل يتسم بنوع من الضبابية نوعاً ما دون بيان لمفهوم هذه الفكرة وكذلك بيان السند الفقهي والقانوني الذي يسمح لنا القول بوجود اختلاف في اجناس الأشياء أو تناظرها كما يثير موضوع البحث مسألة أخرى هي أن المشرع العراقي تناول اختلاف الجنس بصورة صريحة في التصرف القانوني من خلال نص المادة (117 مدني عراقي)، حيث أسس اختلاف الجنس في حالة الوقوع في الغلط فلا يمكن اقتصار اساس اختلاف جنس عندما يقع المتعاقد في غلط إذ أن هذا الأساس لا يمكن الركون اليه لان تخلف جنس المعقود عليه قد يحصل دون الوقوع في غلط.

**رابعاً / أسئلة البحث.**

يحاول البحث الإجابة على الأسئلة الآتية:-

ما المقصود باختلاف جنس المعقود عليه،؟

ما هو الأساس القانوني والفقهي لاختلاف جنس المعقود عليه؟.

**خامساً / منهجية البحث.**

سنبحث في هذه البحث أساس اختلاف جنس المعقود عليه في ضوء أحكام القانون المدني مع المقارنة بالفقه الإسلامي، إذ تم اعتماد منهجية تحليل النصوص القانونية، فضلاً عن اعتماد المنهج المقارن بين القوانين، وقد أعتمد القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل أساساً للبحث ومقارنته مع القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المعدل، والقانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل، فضلاً عن موقف القضاء.

**سادساً / خطة البحث.**

لغرض معالجة موضوع الدراسة بصورة تامة ارتأينا ان نعالجه في مطلب تمهيدي ومبحثين، نتكلم في المطلب التمهيدي عن تعريف اختلاف جنس المعقود عليه وذلك في فرعين أولها التعريف الفقهي لاختلاف جنس المعقود عليه وثانيهما لبيان التعريف التشريعي لاختلاف جنس المعقود عليه، ونكرس المبحث الأول لبيان أساس اختلاف جنس المعقود عليه في الفقه الإسلامي، وسنقسمه على مطلبين، نبين في المطلب الأول الهلاك أساساً لاختلاف جنس المعقود عليه، ونخصص المطلب الثاني الانعدام أساساً لاختلاف جنس

المعقود عليه. ونبين في المبحث الثاني أساس اختلاف جنس المعقود عليه في التشريع وذلك بتقسيمه على ثلاثة مطالب نخصص المطلب الأول إلى الغلط بإعتباره أساساً لاختلاف جنس المعقود عليه، ونتكلم في المطلب الثاني عن التسليم أساساً لاختلاف جنس المعقود عليه، ونبين في المطلب الثالث حسن النية أساساً لاختلاف جنس المعقود عليه.

### مطلب تمهيدي/ تعريف اختلاف جنس المعقود عليه.

قد يختلف جنس المعقود عليه عن الحالة التي تراضيا عليها المتعاقدان على نحو يجعل أغلب منافعها أو البعض منها مختلفة عما كانت عليه قبل الاختلاف، الأمر الذي يوضح سعة نطاق الذي يتمتع به موضوع اختلاف الجنس، فضلاً عن كثرة التطبيقات الموجودة له، فلا بد من تعريف اختلاف جنس المعقود عليه، وذلك في فرعين أولها لتعريف اختلاف جنس المعقود عليه فقها وثانيهما لبيان تعريف اختلاف جنس المعقود عليه تشريعاً.

### الفرع الأول/التعريف الفقهي لاختلاف جنس المعقود عليه.

لتعريف اختلاف جنس المعقود عليه من الناحية الفقهية لابد أن نبين تعريفه في الفقه الإسلامي (أولاً) وفي الفقه القانوني(ثانياً).

### أولاً / تعريف اختلاف جنس المعقود عليه في الفقه الإسلامي.

للهولة الأولى إن الجنس جمع أجناس ويعني ضرب من الشيء.(1) وان كل نوع من كل جنس، وهو أخص من الجنس ويراد به الأصل ويقال: جنس الأشياء شاكل بين أفرادها، ونسبه إلى أجناسها و تجانساً الشيطان، بمعنى اتحد جنسهما، فالحيوان جنس والانسان نوع ويقال: أن هذا يجانس هذا أي شاكله ويختلف عنه .(2) عند تتبع مختلف مصادر الكتب الإسلامية نجدها تشير إلى المراد بالاختلاف، فيعرفه البعض بأنه (( هو ان يرى أحد المتعاقدين أن العقد يجب تنفيذه بطريقة معينة، بينما يرى المتعاقد الآخر يجب تنفيذه بطريقة اخرى تختلف عما يراه المتعاقد الأول)) (3) وهذا التعريف يؤخذ عليه انه جعل الاختلاف بين المتعاقدين ذو نطاق واسع في مرحلة تنفيذ العقد فحسب، وهذا القول لا يمكن التسليم بصحته ، لان الاختلاف بين المتعاقدين بصورة عامة والاختلاف في الجنس على وجه الخصوص ينشأ عند تنفيذ العقد وفي مرحلة تكوينه، ويرى آخر بأنه " ينهج شخصان أو اكثر منهجين متغايرين في التعامل مع شيء من الأشياء، سواء كان هذا الشيء قولاً، رآياً، موقفاً بناء على عدة اعتبارات يراها البعض بأنها صحيحة وينظر لها الاخر بأنها خاطئة"(4) فعند التمعن بالتعريف المتقدم نجده لا يختلف عن التعريف اللغوي فيتغير المعقود عليه من حاله إلى حاله أخرى ويكون على غير ما كان عليه. أما الجنس اصطلاحاً فعند عند البحث والتقصي في مراجع الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة بين المراد من الجنس ذاته ووضع ضوابط تحدد جنس المعقود عليه، فعرف الحنفية الجنس بأنه " المماثلة في الاسم الخاص، والمماثلة في المقصود والمعاني"(5) ويؤخذ على هذا التعريف بأنه لم يضع معياراً يحدد فيه المماثلة في المقاصد والمعاني، ويراد به عند الشافعية " كل شئين جمعهما اسم خاص من اول دخولهما في الربا فانهما يشتركان في الاسم اشتراكاً معنوياً"(6).

والملاحظ على هذا التعريف الفقهي نجده يميز بين الاسم الخاص والاسم العام، فالاسم العام يضم اجناساً خاصة في كنفه، فالحبوب تعد اسماً عاماً تجمع عدة أجناس من الحنطة والشعير وغيرها، فضلاً عن ذلك هناك بعض الأشياء يجمعها اسم خاص إلا انها تعد أجناساً مختلفة، فكل صنف منها يعد جنساً مختلفاً عن غيره، فدقيق الشعير يعد جنساً يختلف عن دقيق الذرة، وهذا الأخير غير دقيق الحنطة وذلك لاختلاف الاصل الذي انبثق منها كل جنس من هذه الاجناس. وقال الحنابلة(7) والأمامية(8) بأن الجنس " ما له اسم خاص ويشمل أنواعاً" وبنفس المعنى يعرفه اخرون بأنه " كل ما يشمل أشياء مختلفة بانواعها" فكل نوعين أو اكثر يجمعهم اسماً خاصاً بهما يعدان جنساً معيناً، فمثلاً أنواع التمر كالزهدي والبرحي والخستوي، يجمعهما جنس التمر، والحبوب كل واحد منها جنساً، فالرز يعد جنساً مختلفاً عن الحنطة وأن جمعهما اسماً عاماً وهو الحبوب. أما الامامية اعتمدوا على الأصل للقول بوحدة الجنس، والمقصود بوحدة الجنس هي وحدة الأصل، فالحنطة والدقيق وان كان لكل منهما اسماً خاصاً إلا انها من أصل واحد فلا يعدان مختلفي الجنس، والمشتقات اللبنيّة تعد جنساً واحداً فاللبن والزبدة يجمعهما أصل واحد فلا يمكن القول باختلاف جنسهما بحجة ان كلا منهما يحمل اسماً خاصاً به(9) وهذا التعريف منتقد لانه جعل الاسم

الخاص معياراً لتحديد جنس الأشياء إلا أن هذا القول لا يمكن التسليم بصحته، فهناك أشياء لها اسماً خاصاً بها ولكنها تابعة لأصلها، بمعنى أن هذا التعريف أنكر أصل الأشياء في تحديد جنسها، فدقيق الذرة وإن كان له اسماً خاصاً به كدقيق إلا أنه في الوقت ذاته تابعاً للأصل الذي انبثق منه، فضلاً عن ذلك، هناك الكثير من الأشياء يجمعها اسم خاص إلا أنها لاتعد متحدة الجنس بل كل نوع منها يعد جنساً مختلفاً عن الآخر. ويعرفه البعض من فقهاء الشافعية أيضاً بأنه " كل شيئين أتفقا في الأسم الخاص من أصل الخلقة" (10) وهذا التعريف أيضاً كسابقه يميز الاسم العام من الاسم الخاص، فضلاً عن ذلك جاء بمصطلح أصل الخلقة ويعني به كل شيئين يجمعهما أصل واحد يعدان جنساً واحداً، والمفهوم المخالف لذلك لا يعد جنساً واحداً بل مختلفاً في الجنس، وذلك لانهما غير متصلين اتصال الخلقة فيكون لكل منهما جنساً خاصاً به، فيكون حكمهما حكم الجنسين الأصليين (11)، إلا أن هذا التعريف أيضاً منتقد لأنه يضع الاسم الخاص معياراً لتحديد وحدة الجنس إلا أنه لا يمكن الاستناد على الأسم الخاص في تحديد جنس الأشياء فهناك الكثير من الأشياء يجمعها اسم خاص إلا إنها تعد جنساً مختلفاً عن غيرها من الأشياء التي يجمعها الأصل المشترك. أما فقهاء المالكية يرون أن اختلاف الجنس أو اتحاده يدور مع المنفعة أو تقاربها، فالمنفعة المقصودة من الملح هي اصلاح الطعام وإن كان هناك عدة أنواع من الملح إلا أنهما يستويان في المنفعة، ويختلف الجنس باختلاف الأصل المأخوذ منه إذ لم يكن غرضه شيء واحد، فالزيت وإن كان يحمل اسماً واحداً إلا أن الغرض منه مختلف لاختلاف أصله فزيت العسل يعد جنساً مختلفاً بالنسبة لعسل النحل. (12) هذا، ويمكن لنا القول من الأحاديث التي يستدل بها الفقهاء بوحدة جنس الأشياء وأختلاف أجناسها قول الرسول (صل الله عليه واله وسلم): (( الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير والتمر بالتمر، والملح بالملح مثلاً بمثل، سواء بسواء يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يد بيد)) (13) إذ أن من الملاحظ في هذا الحديث الشريف وردت كلمة الأصناف ويعني بها الجنس الذي يطلق عليه الفقهاء، فالصنف وفقاً للسياق المتقدم يعني الجنس. وايضاً يستدل بحديث آخر قول الرسول (صل الله عليه واله وسلم): ((التمر بالتمر والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والملح بالملح مثلاً بمثل يد بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى إلا ما اختلفت ألوانه)) (14). كما نجد من هذا الحديث أن الألوان تعني الأجناس، فإذا اختلفت الألوان اختلفت الأجناس، من مثل لو باع ثوباً على أنه مصبوغ بلون أحمر، فإذا هو مصبوغ بلون بني داكن فلا ينعقد العقد لأن كل من اللون الأحمر والبني يتفاوتان في المنفعة ويختلفان في اللون اختلافاً فاحشاً (15)، كما أن وحدة الجنس مع وجود تفاوت فاحش في الأغراض يؤدي إلى اختلاف الجنس إذ نكون أمام جنس جديد غير المتفق عليه. (16) مما تقدم يمكن لنا القول أن كل شيئين أو أكثر يجمعهما اسم خاص وأصل معين، فانهما يعدان جنس واحد، وإن لم يجمعهما اسم خاص بهما وأصل معين فانهما يعدان مختلفاً الجنس، كأن يبيع العاقد كمية من الحنطة فإذا هي رز فكل منهما يعد جنساً مختلفاً عن الآخر، كذلك لو أتحد الجنسان من حيث الأصل إلا أن وصفهما متفاوت تفاوتاً فاحشاً، بحيث لا يتم الحصول على المنفعة المقصودة من اشتراط الوصف فيكون ذلك بمثابة اختلاف الجنس، بمعنى وجود تفاوت فاحش بين حقيقة المعقود عليه وما اراده العاقد.

### ثانياً / تعريف اختلاف جنس المعقود عليه في الفقه القانوني.

أما عن موقف الفقه القانوني، نجد الفقه يلحق موضوع اختلاف الجنس المعقود عليه بضمان المطابقة، بأن يكون المعقود عليه مطابقاً مع ما وقع عليه الاتفاق بين المتعاقدين دون أي تغيير فيه، إذ يعرف بعض الفقه المطابقة بذاتها، ويبين البعض الآخر المراد من عدم المطابقة، والمطابقة تعني (( مطابقة الشيء محل العقد للمواصفات المتفق عليها في العقد)). أو أنها تعني (( مطابقة المبيع للمواصفات المتفق عليها في العقد)). (17) وإذا ما نظرنا للتعريف المتقدم نجده يقتصر موضوع اختلاف الجنس على المبيع فقط كونه محلاً (معقوداً عليه) لعقد البيع، فلا يمكن الاعتماد عليه لأن المعقود عليه يوجد في كل عقد ولا يمكن نشوء ذلك العقد دون محل قابلاً لحكمه، وبالتالي يحصل فيه اختلاف الجنس. أما عدم المطابقة فيراد بها ((الاختلاف بين الشيء المتفق عليه في العقد وبين الشيء المسلم)). (18) وهذا التعريف لا يجانب الصواب وبعيداً عن الدقة لأنه ضيق من معنى الاختلاف في جنس المعقود عليه وجعل حصوله مرهوناً بالتسليم فقط، فالمعقود عليه أحياناً يبقى عند مالكة ومع ذلك يحصل فيه اختلاف الجنس. كما يعرف البعض الآخر بأن عدم المطابقة معناها ((إلا تتوافر في المعقود عليه الصفات التي تم الاتفاق عليها

صراحة أو ضمنا أو تلك الصفات التي يتوقع العاقد وجودها في المعقود علي((19)). ومن الملاحظ على هذا التعريف بأنه غير دقيق إذا أنه اقتصر الأمر على المطابقة الوصفية فالمعقود عليه لا بد من أن يكون مطابقاً جنساً ووصفاً ونوعاً وليس فقط وجود الصفات التي يشترطها العاقدان أو أحدهما. لهذا لا يمكن التعويل على التعريفات المتقدمة للوصول الى تعريف أختلاف جنس المعقود عليه في الأصلاح القانوني، ذلك لأن كلاهما جاء بألفاظ غير دقيقة، وقد يجر معناها الى معنى آخر غير اختلاف الجنس كالأخلال بالتسليم. ومنهم من يرى بأن أختلاف الجنس هو ((تغيير ذاتية المعقود عليه على نحو يؤدي إلى انتقال الشيء من جنس إلى جنس آخر)) (20). فلو كان المعقود عليه أرض خالية (عرصة) فيتغير جنسها بأدخال الأبنية على تلك الأرض، فتكون دار سكنية بعد أن كانت أرض خالية ويقود هذا الاختلاف إلى زوال اسم المعقود عليه وصورته وزوال معظم منافعه. (21)

### الفرع الثاني/التعريف التشريعي لاختلاف جنس المعقود عليه.

بالرغم من ان المشرع في بعض الأحيان يورد تعريفا لمصطلح قانوني معين(22)، إلا أنه لم يرد في القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل، ولا في التشريعات محل البحث والمقارنة تعريفا صريحا لاختلاف الجنس وتركته للاجتهاد الفقهي والقضائي، واكتفت ببيان الآثار القانونية التي تترتب فيما لو أختلف جنس المعقود عليه لاسيما تلك التشريعات التي جاءت متأثرة بأحكام الفقه الإسلامي، ولعل عدم إعطاء تعريف محدد من قبل المشرع لاختلاف الجنس من شأن ذلك أن يضعه في حيز الجمود، وعدم قدرته على احتضان الحالات التي تستجد في طور الزمن، ويجعل القضاء مقيدا بما ورد في متن النص القانوني. (23) كما لم تتفق التشريعات على مصطلح موحد للدلالة على معنى اختلاف الجنس، فتارة تشير إلى مراعاة جنس المعقود عليه بصورة صريحة، وتارة أخرى تشير الى مطابقة المعقود عليه او تسليمه بالحالة التي كان عليها دون تغيير. ومن خلال الرجوع إلى النصوص القانونية نجد أن أختلاف جنس المعقود عليه ورد في المادة (117) من القانون المدني العراقي والتي نصت على ((1 - إذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشاراً إليه فان اختلف الجنس تعلق بالمسمى وبطل لانعدامه، وان أتحد الجنس وأختلف الوصف فان كان الوصف مرغوباً فيه تعلق العقد بالمشار اليه وينعقد لوجوده إلا أنه يكون موقوفاً على اجازة العاقد. 2 - فإذا بيع هذا الفص على انه ياقوت فإذا هو زجاج بطل البيع، ولو بيع هذا الفص ليلاً على انه ياقوت احمر فظهر اصفر او بيعت البقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفاً على اجازة المشتري)) يستنتج من نص المادة المذكورة أنها عالجت موضوع أختلاف الجنس ثم أتحداه مع أختلاف وصف المعقود عليه، متمثلة في تخلف وصف مرغوب فيه، فان اختلف جنس المعقود عليه كان العقد باطلاً لانعدام محله، ويكون صحيحاً ومرتبياً لأثاره فيما لو تخلف الوصف المرغوب فيه فانه لا يمنع من انعقاد العقد، إلا أن ما يؤخذ على هذه المادة أنها ربطت أختلاف الجنس بموضوع الغلط وقصرت أحكامه والآثار المترتبة عليه في حالة الوقوع في الغلط فقط، فاذا لم يقع المتعاقدان أو أحدهما في غلط فلا يمكن أعمال تلك الاحكام على العلاقة التعاقدية فضلاً عن ذلك لا يمكن تأسيس أختلاف الجنس على موضوع الغلط في المعقود عليه، وشتان بين الغلط واختلف الجنس اذ يعد الأخير تغير حاصل في المعقود عليه وهو أنقال حقيقي وواقعي، أما الغلط في جنس المعقود عليه فهو وان كان تغير في الشيء المعقود عليه لكنه لم يتغير في حقيقته وانما باقي على اصله. اما المادة (309) من القانون المدني العراقي فقد نصت على (( اذا صالح احد الشركاء المدين عن حصته من الدين المشترك فان كان بدل الصلح من جنس الدين لشركاؤه مخيروا أن شاءوا شاركوه في المقبوض وان شاءوا اتبعوا المدين، وان كان بدل الصلح من خلاف جنس الدين فالشركاء بالخيار أيضاً في اتباع المدين أو الشريك المصالح وللمصالح في هذه الحالة ان شاء سلم اليهم نصيبهم في المقبوض وان شاء دفع اليهم نصيبهم في الدين)). ومن خلال النص أعلاه يتبين أنه إذا صالح أحد الدائنين المدين على حصته في الدين المشترك فإن كان بدل الصلح من جنس الدين فشركاؤه بالخيار أن شاءوا اتبعوا المدين أو شاركوه في المقبوض، وان كان بدل الصلح من خلاف جنس الدين فالشركاء أيضاً لهم الخيار في اتباع الدائن المصالح أو المدين(24) أما المشرع المصري ذهب بذات السياق الذي ذهب اليه المشرع العراقي بعدم وضع تعريف لاختلاف الجنس، إلا أن أختلاف جنس المعقود عليه يمكن أن نجده في الكثير من النصوص القانونية، فقد أشار إلى الأحكام

القانونية عند عدم تعيين جنس المعقود عليه، حيث نصت المادة (133) من القانون المدني المصري ((1- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته ، وجب ان يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً.

2- ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره ، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء ، من حيث جودته ولم يمكن أستخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط)). ويستنتج من هذه المادة وجوب تعيين الشيء المتعاقد عليه أو قابليته للتعيين، فالمعقود عليه لا يخرج عن كونه عملاً أو أمتاعاً عن عمل، وقد يكون شيئاً مثلثاً أو قيمياً (25)، فإذا كان عملاً أو أمتاعاً عن عمل فلا بد أن يتضمن العقد بيان نوع العمل وعناصر وصفاته، أما إذا كان المعقود عليه شيئاً معيناً بذاته، فيجب ان يعين تعييناً يميزه عن غيره، فإذا لم يكن معيناً بذاته وجب ان يكون معيناً بجنسه ونوعه ومقداره، فلا بد من تعيين جنس المعقود عليه تمييزاً له من نظائره، كما لو كان المعقود عليه كمية من القمح فلا بد من بيانه بشكل يرفع عنه الغموض، فيعين بانه مئة طن قمح هندي فإذا لم يعين جنس المعقود عليه على الوجه المتقدم فلا ينعقد العقد. هذا ويجدر بنا القول ان المعقود عليه إذا لم يكن معيناً بجنسه او عدم قابليته للتعيين، الأمر الذي يؤدي الى نشوب خلاف بين المتعاقدين، بدلا من استقرار علاقتهما التعاقدية وتوافق إرادتهما، وهذا الاستقرار هو الذي اتجهت رغبة الأطراف إلى تحقيقه (26)، وإذا ما تمعنا جيداً في المواقف التشريعية، نجد أن المشرع المصري أغفل ما لا يجوز اغفاله، اذ انه لم يتطرق إلى مسألة الجهالة الفاحشة التي تمنع من صحة العقد والتي وردت في متن المشرع العراقي، وبهذا يكون النص الذي جاء به القانون العراقي اكثر دقة ووضوح من النص الذي اورده المشرع المصري. (27) كما نصت المادة (431) من القانون المدني المصري ((يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع)). نستنتج من هذه المادة ان محل التزام البائع يتحدد بالمبيع المتفق عليه في العقد دون تغيير في ماهيته، فلا يتحقق الانتفاع من المعقود عليه اذا كان الاستعمال لا يتلائم وجنس الشيء ونوعه، ويختلف باختلاف هذا النوع وذلك الجنس، ومن ثم اذا لم يكون المبيع صالحاً للغرض المقصود حسب طبيعته، عد غير مطابق. (28) وعلى ذات المنوال سار المشرع الفرنسي في القانون المدني، بعدم وضع تعريف لاختلاف الجنس، إلا أنه اشترط أن يكون المعقود عليه معلوم الجنس، فبيان جنس المعقود عليه وتحديده امراً لا بد منه، فيجب على المتعاقدين عدم اغفاله ويستلزم تضمينه في العقد. (29) وقد عالج المشرع الفرنسي موضوع أختلاف الجنس في عدة نصوص قانونية نذكر منها المادة (1614) من القانون المدني الفرنسي التي نصت (( يجب على البائع تسليم المبيع على حالته التي كان عليه وقت العقد ومن وقت تمام العقد تكون الثمرة للمشتري)). نستنتج من هذه المادة هناك التزام على البائع بأن يسلم المبيع بالحالة نفسها عند ابرام العقد، فحدوث اي تغيير في حالة المبيع وجعله بحاله اخرى اصبح البائع مخلاً بالتزامه، فيجب عليه اعادة المبيع الى حالته السابقة وبخلاف ذلك لا يعد البائع قد اوفى بالتزامه وهو ما أيده الفقه الفرنسي من أن البائع ملزم بمراعاة جنس المعقود عليه وتسليمه بحالته المتفق عليها ولا يجوز إجراء تغيير في حالة المبيع لأنه سينقل المبيع من حالة إلى حالة اخرى تختلف عن التي كان عليها وقت إبرام العقد (30) اما بخصوص موقف القضاء من تعريف الأختلاف في جنس المعقود عليه، فالقضاء مهمته الفصل في المنازعات عن طريق تطبيق روح النص القانوني، فلم يشر في احكامه الى تعريف اختلاف جنس المعقود عليه، ويعد هذا امراً طبيعياً ولا يمكن انتقاده على عدم ايراده تعريفاً لمصطلح قانوني كاختلاف جنس المعقود عليه ومع ذلك فقد تضمن في قراراته أشاره إلى اختلاف جنس المعقود عليه ففي بعض الأحيان تتخذ المحاكم قرارات متضمنة هذا الموضوع صراحة، وفي أحيان أخرى تنص المحاكم عليه بشكل غير مباشر، حيث ذهبت محكمة استئناف ميسان الاتحادية في احدى احكامها في قضية تتلخص وقائعها (( وجود عقد بيع عقار خارجي يتضمن كافة شروط صحته حيث ذكر في مقاوله البيع بان جنس العقار حصة في عمارة في شارع بغداد/ميسان إلا أن جنس العقار موضوع الدعوى الوارد في أستمارة صورة السجل العقاري كونها تضمنت أنه دار مفرزة منها دكانين بصورة غير رسمية وبالتالي عد ذلك من قبيل اختلاف الجنس العقار موضوع الدعوى عن جنسه المذكور في مقاوله البيع الخارجي مما يؤدي على عدم صحة العقد الخارجي ولم يعد من قبيل التعهد بنقل ملكية العقار)). (31). وذهبت محكمة التمييز الاتحادية في حكم اخر ان اختلاف الجنس يؤدي الى انعدام الإرادة وبالتالي يؤدي الى جعل التصرف القانوني غير قائم، ((إذا

ظهرت مساحة العقار المبيع ناقصة نقصاً يتأثر به الثمن المسمى جملة واحدة وكان يتعذر تبويض الصفقة للضرر فللمشتري حق الفسخ طبقاً للمواد (117، 118، 544) مدني ولا محل للرجوع إلى أحكام أفراغ الأراضي الأميرية وقياس الملك الصرف في الحكم عليها بعد وجود النصوص الصريحة في هذا الشأن)). (32) أما موقف القضاء المصري فقد تبنى موضوع اختلاف الجنس في العديد من أحكامه، حيث بينت محكمة النقض المصرية اختلاف الجنس حيث قضت في قرار لها بأن: ((أذا باع شخص أرضاً على أنها تحد من الجهة البحرية بشارع عرضه خمسة أمتار وتبين فيما بعد بأنه لا وجود لهذا الشارع مما يجعل الأرض محصورة من جهاتها الأربعة وليس لها منفذ إلى الطريق العام فإن البيع يجوز أبطاله بسبب الغلط الواقع في صفة جوهرية في الشيء المبيع)) (33). يتضح من هذا القرار ان محكمة النقض تشير إلى اختلاف الجنس على انه غلط في صفة جوهرية في التعاقد لوجود تفاوت بين حقيقة المعقود عليه وبين ما اراده العاقد إلا أنه لا يقتصر على هذا المعنى كما سنرى. كما ان محكمة النقض الفرنسية في احدي احكامها جعلت بان يكون المعقود عليه مطابقاً في جنسه عند تسليمه فلم تقتصر على وجوب الالتزام بالتسليم لأتمام صحة العقد وانتقال الملكية وانما علق ذلك بأن يكون الشيء المسلم من جنس المعقود عليه لأن تخلف الجنس يعد أختلافاً في أحد العناصر الأساسية في العقد. (34) بعد استعراض الأفكار التي ذكرها الفقه الإسلامي والقانوني يتبين لنا عدم وجود تعريف جامع مانع لاختلاف جنس المعقود عليه، لا على مستوى الفقه الإسلامي و القانوني ولا على مستوى القوانين الوضعية والأحكام القضائية، هذا الأمر يتطلب منا وضع تعريف لاختلاف جنس المعقود عليه، فيمكن لنا القول أن الأختلاف في جنس المعقود عليه هو (تباين بين الحالة التعاقدية والحالة الواقعية للمعقود عليه فتتغير ذاتيته أو وصفه على نحو يؤدي الى فقدان المنفعة المقصودة منه والتفاوت الفاحش في حقيقته مما يؤثر على انعقاد العقد و نفاذه). نقصد بالتباين بين الحالة الواقعية والحالة التعاقدية فقدان المطابقة بين الشيء الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقد وقت العقد ووقت الحصول عليه، فيكون مغايراً لحالته الأولى وقت انعقاد العقد، خاصة وان بعض التصرفات القانونية تستلزم المماثلة في الجنس، وان عدم تحقيق المماثلة في الجنس تؤثر في انعقاد العقد أو تنفيذه، فمن شروط المقاصة اتحاد الدينين جنساً ووصفاً فإذا لم تتحقق المماثلة في جنس الدين يؤثر ذلك على صحة المقاصة، كذلك في البيع على النموذج فلا بد من أن يكون المبيع مطابقاً للنموذج وبخلاف ذلك يؤثر على تنفيذ العقد.

### المبحث الأول/ أساس اختلاف جنس المعقود عليه في الفقه الإسلامي.

إن الفقه الإسلامي فاق القانون الوضعي بشأن موضوع اختلاف جنس المعقود عليه، إذ يمتاز الفقه الإسلامي بكثرة التفاصيل في مسائل هذا الموضوع. فلا بد من وجود محل العقد لتحقيق رضا أطرافه، فأختلاف جنسه يعد بمثابة العدم لدى الفقه الإسلامي، والتعاقد على المعدوم غير جائز، كما عد جانب آخر من الفقه بان اختلاف الجنس يعد بحكم الهالك ويستدل الفقه في ذلك على القواعد الفقهية التي وضعوها، لهذا نسعى إلى إيضاح أساس اختلاف جنس المعقود عليه في الفقه الإسلامي من خلال الهالك والاندماج بالاعتماد على القواعد الفقهية التي تقابل النص القانوني لدى فقه القانون الوضعي.

### المطلب الأول/الهالك أساساً لاختلاف جنس المعقود عليه.

لغرض الوقوف على أساس اختلاف الجنس في هذه الحالة لا بد من بيان مفهوم الهالك أولاً ومن ثم أسناد اختلاف الجنس إلى الهالك.

### الفرع الأول/ مفهوم الهالك.

عند الرجوع لمؤلفات الفقه الإسلامي نجدهم لم يميزوا بين الهالك والاتلاف في المعنى والحكم، ويستندون في ذلك على المعنى اللغوي للاتلاف، فالأخير لا يخرج عن العطب والهالك، فأنهم تارة يطلقون لفظ الهالك على الاتلاف وتارة أخرى يطلقون لفظ الاتلاف على الهالك، لان كل منهما يعد ضرراً مادياً يلحق بالشيء ويؤدي إلى فناء المعقود عليه بما لا يصلح معه للانتفاع المقصود منه، فيراد به ((اخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة عادة)) (35). ومن الملاحظ على هذا التعريف بأن المعقود عليه بعد هلاكه لا يمكن أن يكون محلاً صالحاً للانتفاع به وان بقيت مادة الشيء على حالها، ويرى بعض الفقه (36) أن الأتلاف أخص من التلف والعلة تكمن بان الأتلاف لا يقع إلا بفعل الإنسان وهو أما إن يكون أتلافاً كلياً ويتمثل بأتلاف صورة العين ومعناها وذلك بأخراج الشيء عن كونه صالحاً

للانتفاع به، وذلك لأنه أما أن يقع على العين ذاتها، أو على المنفعة كأتلاف عجلة الانسان، أو حرق سيارته، أو جزئياً كأتلاف جزء من العين المغصوبة كتهدم الطابق العلوي من العقار المغصوب، وسواء كان الأتلاف كلي أم جزئي فكلاهما يعدان أتلاًفاً حقيقياً (37)، وذلك لأنه يقع اما على العين ذاتها أو على المنفعة وهو يقابل الهلاك المادي في القانون، أما الأتلاف غير الحقيقي أو ما يسمى (الأتلاف المعنوي) وهو أتلاف معنى الشيء مع بقاء صورته وذلك بوجود عيب فيه يمنع الانتفاع به وهذا النوع من الهلاك يقابل الهلاك القانوني في القانون، وضرب الفقهاء المسلمون أمثلة على الأتلاف غير الحقيقي بقولهم ((حل قيد ظبي اصطاده أخر فانطلق في البرية ، إذ يقولون بأن فك القيد من الظبي المقيد يعد سبباً لأن يشرد الظبي ويتلف حتى ولو كان هروبه إلى البرية ، لأن الظبي بحل قيده وهروبه يصير حاله كأنه حال الطبيب الموجودة في البرية فأصبحت الملكية فيه لغواً)) (38) كما قال الفقهاء إن ((خلط الودائع خلطاً يمنع التمييز بينهما يعد أتلاًفاً من إذا المعنى وكذا بالنسبة للدرهم المغصوبة)). (39) ولكن لا يفوتنا أن ننوه إلى أن مجلة الأحكام العدلية لم نجد فيها نصاً واحداً يعطي مفهوماً للهلاك أو يحدد أنواعه وإنما أكتفت ببيان أحكام الهلاك وتبعية الضمان (40) إلا أن الفقهاء في تعابيرهم يطلقون الأتلاف لكل ما يؤدي إلى ضياع المال أو ذهابه أو خروجه من يد صاحبه، والهلاك يأتي بذات المعنى (41) وعلى خلاف ذلك يشكل الباحث على مسألة عد الأتلاف والهلاك بمعنى واحد لأختلاف ذاتية كل منهما عن الأخر، فالأتلاف تبقى مادة الشيء ولا تزول لكنها غير صالحة للاستعمال فتخرج من الانتفاع أما الهلاك فتزول مادة الشيء من الوجود.

#### الفرع الثاني/ أسناد أختلاف الجنس إلى الهلاك.

من الجدير بالملاحظة أن الفقه الإسلامي اختلف بشأن عد الهلاك أساساً لاختلاف الجنس المعقود عليه، حيث ذهب الحنفية (42) إلى جعل اختلاف جنس المعقود عليه بمثابة الهلاك الحكمي وذلك بأتلاف كافة منافعة المعقود عليه مع بقاء مادته دون تغيير فأتجاه الإرادة إلى ثوب معين بغية الحصول عليه إلا أن صاحبه جعله قطعة من القماش وليس ثوب فهنا تغيرت ماهية الشيء المطلوب، لنصبح أمام شيء آخر وذلك لاختلاف ذاتيتهما، فأصبحت العين بمثابة عين أخرى غير العين المطلوبة فتكون العين بحكم هالكة نتيجة تغير ماهيتها. وعلى المنحنى نفسه سار الفقه المالكي (43) بأن الهلاك الحكمي يؤدي إلى تغيير ذاتية المعقود عليه فالعين قد تهلك حقيقة أو حكماً، كما لو كانت كتاباً و أحترق فأصبح رماداً، فلا يمكن عد الهلاك الحقيقي بمثابة اختلاف الجنس أو بعبارة أخرى لا يمكن تأسيس اختلاف جنس العين على حالة هلاكها هلاكاً حقيقياً، فتغيير ذاتية العين على نحو يتبدل معها أسمها إلى أسم آخر هو هلاك لتلك بشكل الحكمي، فلو كان المغصوب من قطعة من القماش وفصلها الغاصب قطع متعددة فقام بخياطتها إلى مفروشات وألبسة، فإن هذه القطعة من القماش تعتبر بحكم الهلاك حكماً لعدم إمكانية أرجاع المفروشات واللبسة قطعة قماش، فاختلف ذاتية المعقود عليه يعد بمثابة استهلاك العين أو هلاكها لا لحقيقتها وذلك لأن العين اختلفت عن حالتها السابقة أو تغيرت إلى عين أخرى فتكون جنساً آخر. أما فقهاء الشافعية والحنابلة والأمامية (44) خالفوا من سبقهم إذ يرون أن أختلاف الجنس المعقود عليه لا يعد بحكم الهلاك وان تخلف اسم المعقود عليه لأن تغيير الأسم لا يؤدي إلى اختلاف ماهية الأشياء أو تغيير ذاتيتها بل يؤدي إلى تخلف الوصف المرغوب أو المشروط في المعقود عليه، فلا يمكن جعله هلاكاً حكماً للمعقود عليه فجعل القماش ثوب هو تخلف وصف القماش لا أختلاف في جنسه حتى وان اختلف أسمه بصفوة القول لا نميل للاتجاه القائل بأن الهلاك هو أساس لاختلاف جنس المعقود عليه لان هذا الاتجاه يجانب الحقيقة ولم يركن إلى ركن ركين، إذ أن الهلاك يعني زوال مادة المعقود عليه أو فناءها والأمر لا يمكن قوله بالنسبة لاختلاف الجنس لان المعقود عليه يبقى ولا يزول، كما أن الهلاك يخرج المعقود عليه من المنفعة أما أختلاف الجنس وان يشترط فيه أختلاف المنفعة إلى أنها لا تخرج من الوجود فتكون له منفعة أخرى بعد الأختلاف.

#### المطلب الثاني/ الأندام أساساً لأختلاف جنس المعقود عليه.

المعدوم هو ما يقابل الوجود، فالمعدوم هو الشيء المفقود والذاهب، أي غير الموجود (45)، فكل شيء ليس له ثبوت بأي وجه من الوجوه لا ذهنياً ولا خارجاً يكون معدوم بشكل مطلق. ولا يبحثون الفقهاء المعدوم الذي ليس له وجود ذهني أو خارجي، وإنما يبحثون المعدوم الذي له أسم وصورة في العقل لكنه غير موجود في الواقع الخارجي المحسوس، أي غير موجود بعينه (46). فالشيء لكي يقال عنه معدوم أما

أنه غير موجود في الأصل أو وجد بداية إلا أنه أنعدم فيما بعد ومن القواعد الفقهية التي يستدل بها الفقهاء في عد اختلاف الجنس بحكم المعدم قاعدتان بينهما في الفرعين التاليين:

### الفرع الأول/ قاعدة حكم بيع المعدم يتبع الغرر.

يراد بالغرر ما يكون مستور العاقبة(47) ويعرفه المالكية التردد بين أمرين أحدهما على الغرض والثاني على الخلافة (48)ويقصد به عند الشافعية ما انطوى عنه أمره وخفي عليه معاقبته(49) اما الحنابلة فيعرفونه ببيع الغرر ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً أو معدوماً(50) وقول الامامية بان بيع الغرر ما كان على غير عهده ولا ثقة(51) . بعد عرض تعريفات الفقهاء نجد أن تعريف الحنابلة أشمل التعريفات لأنه وسع من نطاق الغرر وجعله بكل شيء لا يمكن تسليمه كجهالة الجنس التي تؤدي إلى المنازعة بين المتعاقدين وتمنع جواز العقد، أو الجهل بوجود المعقود عليه، وكذلك التصرف بالمعدم.(52)ومودى هذه القاعدة إن التصرف بالأعيان المعدومة يتبع الغرر، فعدم وجود الغرر أو كان الغرر بشكل يسير يعتبر التصرف صحيحاً، وإذا كان الغرر فاحشاً يبطل التصرف، وبما لا يدع مجالاً للشك أن هذه القاعدة وان كانت تشير إلى محل عقد البيع وهو المعقود عليه من المبيع والتمن، إلا أن أحكامها تنصرف الى المعقود عليه في كل العقود.ومما يتصل به وينبغي الإشارة إليه، هناك عدة ضوابط للمعدم الذي ينطوي على غرر الفاحش، فمن هذه ضوابط هو إذا اختلف الجنس فإن المسمى معدوم(53)، فمثلاً لو اتجهت الإرادة الى شيء معين وليكن ثوب من القطن إلا انه اتضح أنه ثوب من الصوف ، فكل من القطن والصوف وان كان يجمعهما أسم عام وهو الثوب إلا أنهم مختلفي الجنس، فالصوف يعتبر جنساً مختلفاً عن جنس القطن لاختلاف اسم وهيئة كل منهما فضلاً عن اختلاف منفعتهما، فإن المسمى وهو ما أتجهت إليه الإرادة أصبح معدوم لان الاختلاف حصل في جنس المطلوب فيعدان بمختلفي الجنس، وإيضاً اذا سمي شيء والمشار إليه شيء آخر فإن المسمى معدوم(54) حيث جاء في كتاب البدائع ((إن كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية ويتعلق العقد بالمسمى، وان كان من جنسه لكن يخالفه في الصفة فان تقاحش التفاوت بينهما فالعبرة للتسمية ويلحقان بمختلفي الجنس، وان قل التفاوت فالعبرة للمشار إليه ويتعلق العقد به)).(55) وتماشياً مع ما تم ذكره ان المعقود عليه المسمى والمشار إليه يصعب على الانسان العادي التمييز بينهما، فأذا صعب التمييز وانصرف سمعه الى شيء معين بأسمه وليس مشاراً إليه، وكان المسمى هو المقصود من المعاملة فان العقد يتم على ما أنصرفت إليه الإرادة وهو المسمى لان أنصراف العقد إلى المشار إليه يؤدي إلى الغرر الممنوع عنه شرعاً، ولكن لو استطاع التمييز بين المسمى والمشار إليه فان العقد يتم بالمشار إليه الذي يراه بعينه لان الرؤية تنفي الوقوع في الغرر، فمن يؤجر ماكنة لزراعة أرضه ويشتر مالكةا إلى السيارة القريبة منها فان العقد ينعقد على المشار إليه وهي الماكنة وذلك لسهولة التمييز بين الماكنة والسيارة بالنسبة للإنسان العادي.(56) ولعل من المفيد ان نؤكد ان الفقه الإسلامي اجمع على عدم صحة التصرف بشيء المعدم كونه ينطوي على الغرر وذلك لاختلال شرط وجود المعقود عليه، مالم تتوافر فيه شروط السلم(57) والأستصناع(58) فإن توافرت شروطهما صح التصرف لان كل من السلم والاستصناع وان كان عقد على شيء غير موجود إلا أنه ممكن الوجود فهما جائزين شرعاً وذلك لانقضاء الغرر الذي يفضي إلى النزاع ولأمكانية تسليم المعقود عليه ولحاجة الناس لمثل هكذا هذه البيوع فضلاً عن ذلك وينتفي فيها اكل أموال الناس بالباطل قوله تعالى: ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)) (59). من خلال النص القرآني نرى أن الإسلام اشترط لمشروعية التجارة فيها منفعة عن تراضي بين المتعاقدين وأن لا تكون سبباً لخسارة طرف على حساب الطرف الاخر.وعلة النهي عن التصرف في الأشياء غير الموجودة ليس العدم ذاته بل للغرر المنهي عنه لعدم القدرة على تسليم تلك الأشياء، عن أبي هريرة قال: ((نهى رسول صل الله عليه وآله وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر)) (60) يشير هذا الحديث الشريف على النهي عن التصرف بشيء غير موجود.

### الفرع الثاني/ قاعدة بيع ما لا يقدر على تسليمه فهو باطل.

هذه القاعدة وأن كانت تشير إلى محل عقد البيع غير المقذور على تسليمه إلا أنه يمكن لنا القول أن محل كل عقد من العقود يسري عليه حكم هذه القاعدة، فإذا كان الموهوب في عقد الهبة أو المرهون في عقد الرهن غير مقذور على تسليمه فانه يسري عليه ما يسري على المبيع غير المقذور على تسليمه من

أحكام، ومودى هذه القاعدة أن التصرف بشيء معجوز عن تسليمه أو يتعذر تسليمه لا يمكن القول بصحته لعدم قدرة على تسليم المعقود عليه، ومن الضوابط التي وضعها الفقهاء لهذه القاعدة هو الشيء المعلوم سواء كان حقيقة أو حكماً، فكل شيء غير مقدور على تسليمه يكون بحكم المعلوم، فإذا كان اختلاف جنس المعقود عليه يعتبر بحكم المعلوم فيكون من باب أولى غير مقدور على تسليمه لأن قدرة العاقد على تسليم المعقود عليه شرط لجواز العقد. وقد اجمع الفقه الإسلامي على ضرورة مراعاة القدرة على تسليم المعقود عليه لأن العقد على شيء لا يمكن تسليمه باطل والعله في ذلك هي الغرر المنهي عنه. (61) ويتبادر إلى الذهن تساؤل بشأن علاقة اختلاف الجنس بالأموال الربوية، فهل اختلاف الجنس أو اتحاده يؤدي إلى الوقوع في الربا؟ اجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن التعامل الربوي يتعارض مع قواعد الدين الإسلامي كونه نظاماً عملياً سار في نطاق ثابت من القانون والاخلاق ومراعاة لمصلحة المجتمع على حساب المصالح الشخصية بالنهي عنه قوله تعالى ((واحل الله البيع وحرم الربا)) (62)، والربا أما أن يكون نساء أو ربا الفضل (63)، فإذا اختلف الجنس فلا يجري ربا الفضل وبوحدة الجنس يتحقق ربا الفضل، فالأخير لا يجري إلا في الجنس الواحد (64)، فالجنس إذا بيع بجنسه سواء كان من المكيلات أو من الموزونات فإنه محرم ويعد ربا فضل لأن العلة في تحريم ربا الفضل هو أن الشريعة الإسلامية حددت طرق الكسب واشترطت أن لا يكون الحصول على المنفعة والكسب على حساب خسارة الغير لأن ذلك يؤدي إلى اكل أموال الناس بالباطل، ومن الأدلة على تحريم ربا الفضل قال الرسول: (صل الله عليه واله وسلم) ((الذهب بالذهب الا مثلاً بمثل ولا تشقوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق أمنها غائب يناجز متفق عليه)) (65) ودليل آخر جاء بنفس المعنى حيث قال أبو عبد الله الصادق عليه السلام ((لو كان الربا حلالاً لترك الناس التجارات وما يحتاجون اليه فحرم الله الربا لتقرر الناس من الحرام إلى الحلال وإلى التجارات من البيع والشراء)) (66). من هذه الأحاديث نستدل على أن ربا الفضل يتحقق في الجنس الواحد، فالأشياء المتقاربة في الانتفاع والغذاء عند اختلاف جنسها يجوز بيع بعضها بالبعض الآخر، ووحدة الجنس تتحقق بوحدة الأصل (67)، فالعنب وخله يعدان جنسا واحداً وكذلك البرتقال وعصيره، كما أن وحدة الجنس في اللحوم تعود إلى وحدة الحيوان المتخذ منه اللحم، فأصناف لحوم الغنم تعد جنسا واحداً، أما لحم البقر ولحم الغنم يعتبر كل منهما جنسا خاصا لاختلاف الأصل الذي انبثق منه، فالزيادة في وحدة الجنس غير جائزة بعكس الزيادة مع اختلاف الجنس. نستنتج مما تقدم يمكن التسليم بأن اختلاف جنس المعقود عليه يؤسس على الانعدام ويأخذ الحكم نفسه، فأذا كان انعدام الشيء يعني عدم وجوده فإذا اختلف جنس المعقود عليه يكون غير موجود أيضاً، كون الرضا لم يتحقق بالشيء الذي وجد وإنما بالشيء غير الموجود، فضلاً ذلك عدم تعارض الانعدام مع طبيعة اختلاف الجنس لأن هناك الكثير من العقود يكون المعقود عليه فيها معدوماً إلا أنه العقد يعتبر صحيحاً كعقد بيع المنافع لأن المنافع لا يعقد عليها أثناء وجودها والحال نفسه ينطبق على مختلف الجنس فأختلاف جنس المعقود عليه عن جنس المسمى لا يمكن ان يؤدي دائماً إلى بطلان العقد.

### المبحث الثاني/ أساس اختلاف جنس المعقود عليه في التشريع.

يعد موضوع اختلاف جنس المعقود عليه من المواضيع التي تستمد فاعليتها من نصوص القوانين المدنية و قوانين خاصة، بنصوص مباشرة أو غير مباشرة، لذلك لا بد من بيان الأساس الذي يقوم عليه هذا الاختلاف من خلال استعراض نصوص تلك القوانين وبيان آراء الفقه حول الأساس الذي يقوم عليه اختلاف جنس المعقود عليه، حيث أسسه جانب من الفقه بكونه غلط يشوب المعقود عليه، ويذهب الفقه الآخر بأنه اخلاًلاً بتسليم المعقود عليه، واتجاه ثالث أسسه على حسن النية.

### المطلب الأول/ الغلط أساساً لاختلاف جنس المعقود عليه.

لغرض الوقوف على أساس اختلاف الجنس في هذه الحالة لا بد من بيان مفهوم الغلط أولاً ومن ثم اسناد اختلاف الجنس إلى موضوع الغلط.

### الفرع الأول/ مفهوم الغلط.

يراد بالغلط (( فهم الأشياء على غير حقيقتها و بهذا الوصف يؤدي الغلط إلى عيب في الرضا وأعتلال في العقد أو بطلانه وبهذا الاتجاه يصبح الرضا غير معبر تعبيراً سليماً عن الإرادة التي صدر عنها )) (68) ويعرف أيضاً بأنه (( وهم يقوم في نفس المتعاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته الواقعية بحيث يدفعه

إلى اتخاذ سلوك معين إيجابي كان أم سلبي و سواء تعلق هذا الأمر بالهدف أم بالبائع أو بالعناصر على أن يكون له اهمية قانونيه ( 69). (يلاحظ على التعريفات المتقدمة بأنها مطابقة للمعنى والمحتوى وترتب الأثر ذاته، حيث انصبت على أن الغلط هو وهم في أي شيء موجود في نفس الإنسان. نظم المشرع العراقي الغلط في عدة مواد من القانون المدني من المادة (117\_120) بين في هذه المواد أنواع الغلط وحكم كل نوع منها، ويتضح من نص المادة (117) من القانون المدني العراقي التي نصت (( 1 - اذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشاراً اليه فإن أختلف الجنس تعلق بالمسمى وبطل لانعدامه، وان اتحد الجنس واختلف الوصف فإن كان الوصف مرغوباً فيه تعلق العقد بالمشار اليه وينعقد لوجوده الا انه يكون موقوفاً على اجازة العاقد. 2 - فاذا بيع هذا الفص على انه ياقوت فاذا هو زجاج بطل البيع، ولو بيع هذا الفص ليلاً على انه ياقوت احمر فظهر اصفر او بيعت البقرة على انها حلوب فظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفاً على اجازة المشتري)). وبقراءة متمعنة لنص هذه المادة نلاحظ ملامح الفقه الإسلامي بارزة فيه، حيث يشير النص المذكور إلى أنواع الغلط، وهما الغلط المانع<sup>(70)</sup> الذي يعدم رضا المتعاقد ويجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لأنه يرد على ركن من اركان العقد الأساسية، فعند تخلف أي ركن من هذه الأركان يعتبر العقد لا وجود له، وتقرير البطلان ليس لاختلاف الجنس وانما على أساس تعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدام محله والغلط في صفة جوهرية الذي يجعل العقد موقوفاً على اجازة المتعاقد، أي من تقرر التوقف لمصلحته<sup>(71)</sup>، ونشير في هذا المجال الى ان المشرع المصري والفرنسي تناول اختلاف جنس المعقود عليه ورتب عليه حكم الغلط اذ عدده من قبيل الغلط في مادة الشيء محل العقد او صفة جوهرية فيه ويجعله باطلاً بطلاناً نسبياً<sup>(72)</sup>، حيث نصت المادة (121) من القانون المدني المصري (( 1 - يكون الغلط جوهرياً اذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. 2 - ويعتبر الغلط جوهرياً على الاخص: أ- اذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين او يجب اعتبارها كذلك لما للعقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية. ب- اذا وقع في ذات المتعاقد او في صفة من صفاته وكانت تلك الذات او هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد)).<sup>(73)</sup> حيث يتضح من نص هذه المادة اشتراط المشرع لكي يكون الغلط مؤثراً في العقد وقوع المتعاقد الاخر فيه او كان عالماً به او من السهل ان يتبينه وذلك من اجل تحقيق استقرار المعاملات بين المتعاقدين. ولقد تأثر المشرع الفرنسي بالنظرية التقليدية في الغلط، حيث أشار في المادة (1110) من القانون المدني الفرنسي الى ان الغلط يعدم الإرادة متى ما كان واقعا في مادة الشيء او كان واقعا في شخصية المتعاقد، واستبعد المشرع الفرنسي على هذا الأساس من نطاق الغلط المعيب للرضا ما يسمى بالغلط المانع، كونه استند بالتفرقة بين الغلط الذي يعيب الإرادة والغلط غير المؤثر الى معيار موضوعي قوامه مادة الشيء محل العقد (( ومادة الشيء هو مجموع الخصائص التي تدخله في جنس معين وتميزه عن الاجناس الأخرى)). كما يشترط شيء على انه من نحاس فيتبين انه من فضة. فالغلط لا يبطل العقد الا اذا تعلق بجوهره الذي يميزه عن غيره بصرف النظر عن وجود صفة معينة من عدمه، حيث كان الفقه الفرنسي يفسرون عبارات النصوص القانونية تفسيراً حرفياً ويرون أن المقصود بمادة الشيء الغلط في المادة التي يتكون منها الشيء أي مجموعة الخصائص التي تدخل المعقود عليه في جنس معين وتميزه عن غيره ، ويذهبون في هذا الشأن إلى المثل الذي ضربه ((بوتيه)) ((إن شخص اشترى شمعدان من نحاس مطلي بالفضة وهو يعتقد أنه من فضة خالصة)).<sup>(74)</sup>

#### الفرع الثاني/ أسناد اختلاف جنس المعقود عليه إلى الغلط.

لو اطلعنا على موقف الفقه نجد من يؤيد التحليل السابق بأن أساس اختلاف الجنس معقود عليه هو الغلط الواقع على محل العقد، فمن يقصد شراء قماش من حرير ويشير إلى قماش من صوف وهو لا يعلم أنه صوف، هنا وقع غلط في ذاتية المعقود عليه إذ نكون أمام جنس آخر. ومنهم من قال بما يماثل هذا القول أن تخلف الجنس لم يحصل لو لم يكن هناك غلط في محل العقد، ولكن حصول الخلل أو الاختلاف في جنس المعقود عليه بسبب الوهم اظهر لنا تأثيره على العقد بحيث يؤثر في حكم الغلط، والدليل على ذلك لو لم يكن له تأثير لكان العقد صحيحاً لوجود المحل<sup>(75)</sup>، لذلك هناك من يرى أن اختلاف جنس المعقود عليه وهو تطبيق من تطبيقات الغلط، والسبب في ذلك من يقوم بشراء شيء معين يتولد في ذهنه أن هذا الشيء

له ذاتية معينة ويحمل الصفة المتفق عليها لو أتفق على توافر وصف معين في المعقود عليه، فإذا تبين أنه وأهما فالمشتركي والحالة هذه يكون واقعاً في غلط في جنس المعقود عليه أو صفة جوهرية فيه.<sup>(76)</sup> ولكن قد يحتج علينا محتج بالقول أن هذا الأساس لا يمكن الركون إليه لأن تخلف جنس المعقود عليه لا يعني أن أحد المتعاقدين وقع في غلط وتوهم الأمور بغير حقيقتها فتغيير الأشياء حصل في ذهن الإنسان وليس تغييراً في حقيقة المعقود عليه<sup>(77)</sup>، فمن يؤجر أرض مشيد عليها بناءً ظاناً أنها عرصه حصل لديه انتقال في الذهن، كان للشيء صورة وأسم في ذهنه وهذه الهيئة قد تغيرت لكن لم يظهر هذا التغيير للواقع كذلك من الانتقادات التي وجهت لرأي الفقه القائل أن أختلاف جنس المعقود عليه والغلط لا يغني احدهما عن الآخر هو أن أختلاف الجنس يتعلق بالمعقود عليه ذاته وهو حالة مادية لصيقه به وليس بذهن الانسان، أما الغلط يتعلق بإرادة الشخص ويقاس بمعيار شخصي، ينظر فيه إلى الشخص المتعاقد وحالته النفسية<sup>(78)</sup>، فضلاً عن ذلك أن احتمالية وجود الغلط يترتب عليها ثبوت الحق في طلب نقض العقد خلال فترة معينة من وقت العلم بالغلط عملاً بحكم الفقرة الثانية من المادة (136) من القانون المدني العراقي التي نصت ((...2- ويجب أن يستعمل خيار الأجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد أعتبر العقد نافذاً...))<sup>(79)</sup> وهذا الأمر لا ينطبق على أختلاف الجنس. أضف إلى ذلك إن تأسيس أختلاف جنس المعقود عليه على الغلط يتنافى مع شروط الأخير ويصمد تحت مطرقة النقد، حيث يشترط في الغلط أن يكون متصلاً بعلم المتعاقد الآخر أي أن يكون واقعاً في نفس الغلط أو يكون على علم به أو من السهل عليه ان يتبين وجوده<sup>(80)</sup> وذلك عملاً بحكم نص المادة (119) من القانون المدني العراقي<sup>(81)</sup> وهذا النقد كالشمس صحة وبيانا إذ أن المعقود عليه يتغير وصفه على نحو تتفاوت معه المنفعة تفاوتاً فاحشاً الذي يؤدي إلى أختلاف جنس المعقود عليه، وأختلاف الوصف يكون بالزيادة والنقص والخلط، فكل صورته من هذه الصور التي تؤدي إلى تغيير وصف المعقود عليه تحصل في الواقع كالبناء في الأرض أو إقامة المغرورات فيها فلا بد من أن يكون هناك أثر في المعقود عليه ذاته وهو حصول زيادة أو نقص فيه على نحو يستتبع تغيير قيمته. وخالصة الأمر نستبعد فكرة تأسيس أختلاف جنس المعقود عليه على حالة الغلط وأن أيد ذلك الفقه والقضاء في بعض الأحوال وذلك لاختلاف طبيعة وشروط كل منهما ولقصوره وعدم شموليته فضلاً عن الانتقادات التي تعرض لها الامر الذي يلزمنا البحث في ثنايا وضع آخر لنتمكن من خلاله تحديد الأساس القانوني لأختلاف جنس المعقود عليه.

**المطلب الثاني/ التسليم أساساً لأختلاف جنس المعقود عليه.**  
لغرض الوقوف على أساس اختلاف الجنس في هذه الحالة لا بد من بيان مفهوم التسليم أولاً ومن ثم أسناد أختلاف الجنس إلى موضوع التسليم.

#### الفرع الأول/ مفهوم التسليم.

عرف المشرع العراقي التسليم في المادة (583) من القانون المدني العراقي بأنه ((1- تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل...))<sup>(82)</sup> إذ أن من الملاحظ على هذه المادة جعلت التسليم يقتصر على صورته المادية، أي قبض المعقود عليه فقط وان كان المشرع عالج حالات التسليم في مواد أخرى<sup>(83)</sup>. وشرّاح النصوص القانونية التي تتعلق بحالة المعقود عليه يسايرون الاتجاه التشريعي في التركيز على تسليم المعقود عليه بحالته عند الرؤية أو الاتفاق دون أحداث أي تغيير في ذاتيته، عملاً بحكم المادة (522) من القانون المدني العراقي التي نصت ((من رأى شيئاً بقصد الشراء ثم اشتراه بعد مدة وهو يعلم انه الشيء الذي كان راه، فلا خيار له الا اذا وجد الشيء قد تغير عن الحال الذي راه فيه). فلا بد أن يكون المعقود عليه محتفظاً في ذاتيته التي كان عليها وقت العقد ولو لم يتم ذكرها في العقد، ولا يجوز لأي من المتعاقدين تغيير حالته فيكون مسؤول عند تغييره ولو كان التغيير راجعاً لغير فعله لأنه التزام المتعاقد بتسليم المعقود عليه بحالته المتفق عليه يعد التزاماً بنتيجة ويسري هذا الحكم على أشخاص كالمؤجر في عقد الأيجار والمقاول في عقد المقاوله، والبايع في عقد البيع<sup>(84)</sup>، وإلى هذا أشارت المادة (431) من القانون المدني المصري التي نصت ((يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع))، يتضح من ذلك ان تغيير المعقود عليه سينقل حالته إلى حاله أخرى فيصبح بصوره أو هيئة مختلفة عن حالته السابقة على نحو يؤدي إلى تغيير جنسه وتجدد الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي وسع من مفهوم الالتزام بالتسليم وذلك بإضافته ضمان

المطابقة<sup>(85)</sup> إلى الالتزام بالتسليم، وشرط المطابقة يعني به أن يكون المعقود عليه مطابقاً للمواصفات المتفق عليها في العقد، أو يعرف بأنه ((تعهد محله عمل يلتزم به البائع بتقديم البضائع والمستندات الخاصة بها وفقاً لما يفرضها العقد والقانون))<sup>(86)</sup>. وفقاً لهذا التعريف يلتزم البائع بتسليم المبيع وفقاً لما يقتضيه العقد وما تفرضها القواعد القانونية، أي تسليم جنس الشيء ذاته والذي تم الاتفاق عليه. وبمفهوم المخالفة أن تقديم محل غير مطابق للعقد يوجب الضمان وذلك لعدم مطابقة الشيء المتفق عليه مع الشيء المسلم، وفقدان المطابقة يعني وجود تباين بين حالة التعاقدية والحالة الواقعية للمعقود عليه.<sup>(87)</sup> حيث قرر القضاء بناء على ذلك عدم كفاية قيام المتعاقد بتسليم المعقود عليه وإنما يجب أن يسلم المعقود عليه مطابقاً لما اتفق عليه، وجاء قرار لمحكمة النقض الفرنسية ((يتحقق الإخلال بضمان المطابقة وإن لم تكن للخاصية المطلوبة في المعقود عليه أي قيمة عملية بأن كانت ذات قيمة جمالية مجردة)). كما أن محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها جعلت ضمان المطابقة عيب خفي يشوب المعقود عليه، وهذا خلط واضح بين العيب الخفي والمطابقة، لذا نتمنى على القضاء العراقي أن لا يقتصر دوره على التطبيق الحرفي للنص، بل يعمل على تطوير تطبيق هذه النصوص بما ينسجم مع التطورات. وما يؤيد الوجهة المتقدمة ذهب جانب من الفقه<sup>(88)</sup> إلى أن التزام المطابقة يندرج مع الالتزام بالتسليم لأن من واجب المتعاقد تسليم المعقود عليه خالياً من العيوب التي تفوت الانتفاع به ومطابقاً لما يقتضيه العقد من شروط<sup>(89)</sup>. في حين يرى آخرون أن الالتزام بالمطابقة مستقلاً عن الالتزام بالتسليم ويستدل أصحاب هذا الرأي بأن تسليم المعقود عليه غير مطابق يكون العاقد قد أوفى بالتزامه بتسليم الشيء المتفق عليه، لكنه في الوقت ذاته أدخل بالالتزام بالمطابقة، فمثلاً لو كان المعقود عليه يبيع كمية من الرز لكن البائع سلم كمية من العدس فالتسليم يقع قانوناً بالرغم من عدم مطابقته لشروط العقد ومن ثم فإن فقدان المطابقة لا يؤثر على التسليم<sup>(90)</sup>، فضلاً عن ذلك أن دعوى تسليم المعقود عليه يكون اللجوء إليها في وجود اختلاف بين الشيء المتفق عليه وبين الشيء الذي تم تسليمه أما دعوى ضمان المطابقة يمكن اللجوء إليها عند تسليم الشيء المتفق عليه ولكن يختلف في جوهره عن الشيء المتفق عليه.<sup>(91)</sup>

#### الفرع الثاني/ أسناد اختلاف جنس المعقود عليه إلى التسليم.

قد دأب الفقه أن توافر ذاتية المعقود عليه أو صفته يجب أن يكون وقت التسليم فلا بد من تسليم الشيء ذاته والذي تم الاتفاق عليه مع مراعاة صلاحيته للاستعمال المطلوب ولا يتحقق ذلك إلا بتسليم المعقود عليه وما استدل به الفقه من أنصار هذه الوجهة أن مبدأ حسن النية يستلزم أن يسلم الشيء المتفق عليه في العقد، وأن الإخلال بهذا الالتزام يعد خرقاً لهذا المبدأ، وبالتالي يمكن إثارة مسألة سوء نية العاقد عند تنفيذه للالتزام<sup>(92)</sup>. إلا أن هذا الأساس أعترض عليه بالقول أنه لم يباشر أجتهاذاً خلافاً إذ أن الالتزام بتسليم المعقود عليه بما هيته وخصائصه يعد من الالتزامات التبعية التي يرتبها العقد في ذمة العاقد، خاصة وأن هذه الالتزامات تترتب على العقد كي تثبت أثره الأصلي، ذلك لأنه العقد يرتب نوعين من الآثار هما آثار أصلية وأخرى آثار تبعية، فمثلاً الأثر الأصلي الذي يرتبه عقد القسمة هو اختصاص كل شريك بجزء مفرز من الشيء الشائع، والأثر الأصلي الذي يرتبه عقد الهبة هو نقل ملكية الموهوب بدون عوض وهذه الآثار يتولى المشرع تنظيمها وترتيبها بمجرد انعقاد العقد دون الحاجة إلى تدخل من قبل المتعاقد. وأما الآثار الأخرى فهي الالتزامات التبعية التي يتولى المشرع بيانها وتنظيمها لكن لأرادة الأفراد دور في الاتفاق على مخالفتها<sup>(93)</sup> مثل الالتزام بالتسليم، فهذا الأخير يعد من الالتزامات التبعية التي لا تؤثر على انعقاد العقد لكنها تترتب على العقد باتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمناً تستخلص من طبيعة التعامل أو ظروف الأحوال أو أعراف الناس،<sup>(94)</sup> أما اختلاف الجنس لا يعد التزاماً تبعياً للعقد فتحديد ذاتية المعقود عليه وبيان جنسه امرًا لا بد منه لانعقاد العقد وصحته إذ أن اختلاف اجناس الأشياء يغير حكم العقد من الصحة إلى البطلان، ولا تفوتنا الإشارة في هذا الصدد أن هذه الآثار بنوعها الأصلية والتبعية التي تترتب على العقد مستمدة من الفقه الإسلامي وتقابل حكم العقد وحقوقه التي جاءت بها بعض التشريعات المدنية.<sup>(95)</sup> كذلك أن تأسيس حالة اختلاف جنس المعقود عليه على أساس التسليم يعني أن اختلاف جنس الشيء لا يحصل إلا بتسليمه، وهذا النظر غير دقيق ولا يستقيم والمنطق القانوني السليم لأن القول السابق سوف يسري على الأشياء التي لها وجود أثناء العقد فقط، على خلاف اختلاف الجنس فإنه يحصل في الأشياء التي تكون موجوده وقت العقد أو الأشياء القابلة للوجود في المستقبل. وفي هذا المعنى المتقدم

ذهب جانب من الفقه الى ان حالة المعقود عليه لا تنحصر بوقت التسليم أي في الشيء الموجود وقت العقد بل تشمل الشيء المستقبلي أيضا، وما استدلل به الفقه من انصار هذه الوجهة هو ان حالة المعقود عليه لصيقة بوقت ظهوره للوجود، فمتى وجد توجد حالته تبعاً له، فعدم وجود المعقود عليه وقت العقد لا يمكن معها القول بعدم إمكانية تغيير جنسه، لأنه سوف يوجد وتوجد معه حالته بعد العقد ومن ثم تختلف ذاتيته.<sup>(96)</sup>

### المطلب الثالث/حسن النية أساسا لاختلاف جنس المعقود عليه.

ان حسن النية مبدأ عام يسود جميع العقود أيا كان مصدرها، ويرتكز بشكل أساسي على جانب الإرادة في الوقائع والتصرفات القانونية باعتباره سلوك يتماشى مع المألوف في التعامل والعرف السائد وطبيعة المعقود عليه، ويفرض على المتعاقدين واجب الامانة ومراعاة الثقة في التعامل،<sup>(97)</sup> اذ يمكن تأسيس اختلاف جنس المعقود عليه في نطاق القانون المدني العراقي على أساس نص المادة (150) منه اذ نصت (( 1 – يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. 2 – ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)). يتضح من نص هذه المادة أن المشرع لم يبين معنى حسن النية إلا أنه أوجب أن يكون تنفيذ الالتزام بحسن نية وعلى نحو يطابق نية الطرفين وبطريقة لا تفوت الغرض الذي دفع المتعاقد الدخول في العملية التعاقدية، هذا ومن الملاحظ على الفقرة الثانية من هذه المادة نجدتها وضعت محددات أو مظاهر يمكن للقاضي ان يستعين بها في تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد وهي كل من القانون<sup>(98)</sup> والعرف<sup>(99)</sup> والعدالة<sup>(100)</sup> بحسب طبيعة الالتزام، حيث أن مستلزمات العقد تعني ((ما يكون داخلاً في مضمون العقد ولو لم يذكر في العقد))<sup>(101)</sup>، حيث يرى جانب من الفقه أن المشرع العراقي لم يكن موفقاً في تحديد مستلزمات العقد والتي تساعد القاضي في أكمال نطاق العقد، حيث جعل كل هذه المحددات على قدم المساواة حيث كان الاجدر به ان يجعل من طبيعة الالتزام مظهرًا رئيسيًا تنطوي تحته المظاهر الأخرى، ولا يشترط ذكر تلك المظاهر في العقد او الاتفاق عليها صراحة كونها تدخل في نطاق العقد دون أي قيد أو شرط.<sup>(102)</sup> أما في التشريع المصري نلتمس مبدأ حسن النية في العديد من النصوص القانونية، سواء في القانون المدني أو في القوانين الأخرى التي لا تخلو من الإشارة إليه أو الاعتماد عليه في حسن انتظام العقود وتنفيذها حفاظاً على استقرار المعاملات، حيث نصت المادة (148) من القانون المدني المصري التي تقابل المادة (150) من القانون المدني العراقي ((يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية...)) وهذا النص يتفق مع ما نص عليه المشرع الفرنسي في القانون المدني وفقاً للتعديل الأخير حيث نصت المادة(1104) منه (( يجب التفاوض على العقود وتشكيلها وتنفيذها بحسن نية)). يتضح من نص هذه المادة ان المشرع الفرنسي عالج موضوع حسن النية بشكل أكثر دقة وتمحيص حيث اشترط توافر حسن نية في كافة مراحل التعاقد بدء بالمفاوضات وصولاً لمرحلة ابرام العقد وانتهاء بتنفيذ العقود، وهذا هو الفرق الذي نلتمسه بين التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري في ظل احكام المادة(148) والقانون المدني العراقي في المادة(150) والتي اقتصر توافر حسن النية في مرحلة نفاذ العقد دون سواها وتماشياً مع ما تم ذكره فاذا اتجهت إرادة الطرفين في العقد الى تحديد حالة المعقود عليه وما يحتويه من مواصفات مرغوبه كانت ام مشروطة، يلزم ابرام العقد وتنفيذه وفقاً ما تم الاتفاق عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية<sup>(103)</sup>، فيلزم المتعاقد بتقديم شيء معين يميزه عن غيره، فاذا سلم شيء على غير ما تم تحديده فإنه يعد ساء النية وذلك لأنه يعلم ان حالة الشيء ووضعه الذي يميزه عن غيره قد تغير واصبح بمثابة جنس اخر. وتطبيقاً لمبدأ حسن النية فلا يقتصر اعماله في مرحلة تنفيذ العقد، بتسليم المعقود عليه بجنسه او توافر الوصف المتفق عليه فيه فحسب، بل يجب أن يتم ابرام العقد وتحديد الغرض منه وفقاً للمبدأ المذكور الذي يعد طريقة قانونية للتعاون بين الأشخاص لأبرام العقد وتنفيذه بطريقة سليمة دون أي اختلاف في ماهية الشيء أو تغيير جنسه إذ يعد ذلك اخلاً أو خرقاً لهذا المبدأ، لهذا يمكن اطلاق القول بتأسيس اختلاف جنس المعقود عليه على أساس مبدأ حسن النية وهو ما يذهب اليه الباحث.

## الخاتمة.

في ضوء دراستنا لموضوع البحث توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات يمكن إجمالها بما يلي:  
أولاً / النتائج.

1- على الرغم من ان اختلاف جنس المعقود عليه يتميز بكثرة تطبيقاته إلا أنه لم يرد له تعريفاً محدد على المستوى التشريعي والقضاء، ولكن من خلال الامام بالموضوع توصلنا إلى أن اختلاف جنس المعقود عليه نقصد به ( تباين بين الحالة التعاقدية والحالة الواقعية للمعقود عليه فتتغير ذاتيته أو وصفه على نحو يؤدي إلى فقدان المنفعة المقصودة منه والتفاوت الفاحش في حقيقته.

2- لم يتفق الفقهاء المسلمون على معيار معين يعد بمقتضاه المعقود عليه مختلف في الجنس، فقد اعتمد الحنفية على معيار الأسم الخاص واختلاف المنافع باعتبارهما ضابطاً لاختلاف جنس المعقود عليه، أما الشافعية والحنابلة فقد اعتدوا في الأخذ بضابطين هما الأشتراك بالأسم الخاص ووحدة الأصل، فكل شئيين متحدين في الاسم ويجمعهما وحدة الأصل واتحدت منافعهما يعتبران جنساً واحداً.

3- لم يتفق الفقهاء المسلمون على أساس معين لاختلاف جنس المعقود عليه، إذ يعد بمثابة العدم لدى جانب من الفقه الإسلامي، والتعاقد على المعدوم غير جائز، كما عد جانب آخر من الفقه بان اختلاف الجنس يعد بحكم الهالك ولكل فريق حججه ومسوغاته، كما ذهب جانب من الفقه القانوني بكون اختلاف الجنس يعد غلط يشوب المعقود عليه ويستدلون بذلك على نص المادة (117 مدني عراقي)، ويذهب الفقه الآخر في حصول اختلاف في جنس العين موضوع التصرف يعد ذلك إخلالاً بالتسليم، وأتجاه ثالث يذهب إلى أن حسن النية أساساً لاختلاف جنس المعقود عليه بإعتباره مبدأ عام يسود جميع العقود ويفترض وجوده في أي مرحلة من مراحل العقد.

## ثالثاً / التوصيات.

1- على الرغم من أن المشرع العراقي نص على أحكام الغلط في جنس المعقود عليه، إلا أنه أغفل النص على حكم حالة فيما إذا اتحد الجنس مع تفاوت جسيم في المنفعة، تفاوتاً يمنع من انعقاد العقد ويفوت المنفعة، وعلى ذلك نعتقد بضرورة تعديل نص المادة (117) وإضافة فقرة تتضمن حكماً خاصاً بهذه الحالة. حيث نصت تلك المادة ( 1 – إذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشاراً إليه فإن اختلف الجنس تعلق بالمسمى وبطل لانعدامه، وان اتحد الجنس واختلف الوصف فان كان الوصف مرغوباً فيه تعلق العقد بالمشار إليه وينعقد لوجوده إلا أنه يكون موقوفاً على أجازة العاقد. 2 – فإذا بيع هذا الفص على انه ياقوت فإذا هو زجاج بطل البيع، ولو بيع هذا الفص ليلاً على انه ياقوت أحمر فظهر أصفر أو بيعت البقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفاً على أجازة المشتري). وجعلها بالشكل الاتي (1 – إذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشاراً إليه فإن اختلف الجنس تعلق بالمسمى وبطل لانعدامه، وأن اتحد الجنس واختلف الوصف فان كان الوصف مرغوباً فيه تعلق العقد بالمشار إليه وينعقد لوجوده إلا أنه يكون موقوفاً على أجازة العاقد. 2 – أما إذا اتحد الجنس وكان هناك تفاوت جسيم في المنفعة تفاوتاً يمنع انعقاد العقد ويفوت المنفعة نكون أمام جنسين مختلفين). والسبب الذي دفعنا إلى هذا المقترح هو عدم الحاجة إلى ضرب الأمثلة في النص القانوني حيث عمد المشرع إلى ذلك وهو بغنى عن تلك الأمثلة فكان الأفضل تركها لاجتهاد الفقه، فضلاً عن ذلك مسאיرة لإحكام الفقه الإسلامي الذي عالج هذا الفرض بصورة محددة.

2- تعديل الفقرة الأولى من المادة (150) من القانون المدني العراقي التي نصت ( 1 – يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية). وجعلها بالشكل الاتي ( يجب إبرام العقد وتنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية). (والسبب الذي دفعنا إلى هذا المقترح هو أن حسن النية لا يشترط توافره في مرحلة تنفيذ العقد فقط، بل لابد من إبرامه بحسن نية أيضاً.

## الهوامش

<sup>1</sup> ابو الحسين احمد بن زكريا ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج1، ط1، دار الجيل، بيروت، سنة 1999، ص227.

<sup>2</sup> احمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج1، ط1، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، القاهرة، 2005، ص121.

- <sup>3</sup> محمد عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، ط1، دار الفكر، بيروت، 1410، ص41.
- <sup>4</sup> قطب مصطفى سانو، معجم مصطلحات أصول الفقه، ج1، ط1، دار الفكر، دمشق، 2000م، ص40.
- <sup>5</sup> سراج الدين بن نجيب، النهر الفائق، ج3، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص470.
- <sup>6</sup> محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت، 1569م، ص23.
- <sup>7</sup> منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1614م، ص295.
- وينظر أيضاً: احمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001، ص538.
- <sup>8</sup> محمد تقي المدرسي، احكام المعاملات، ط3، مركز العصر للثقافة والنشر، بيروت، 1431هـ\_ 2010م ص185. وينظر: جعفر بن الحسن أبو القاسم نجم الدين المحقق الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، بدون طبعة، المجلد الأول، القسم الثاني، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1978، ص179 وما بعدها.
- <sup>9</sup> محمد تقي المدرسي، المصدر نفسه، ص185.
- <sup>10</sup> أبو اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي، ج3، ط1، دار القلم، دمشق، 1996، ص64.
- <sup>11</sup> شمس الدين ابي الفرج عبد الرحمن ابن ابي عمر ابن قدامه، الشرح الكبير على متن المقتنع، ج4، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون سنة، ص140.
- <sup>12</sup> عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد الأول، بدون طبعة، دار القلم، بيروت، بدون سنة طبع، ص56.
- <sup>13</sup> ابي عبد الرحمن محمد بن عبد الواحد الحنبلي، صحاح الاحاديث، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، 1971، ص59.
- <sup>14</sup> ابي عبد الرحمن محمد بن عبد الواحد الحنبلي، المصدر نفسه، ص59.
- <sup>15</sup> د. احمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، ط1، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1954، ص77.
- <sup>16</sup> عبد الستار أبو غده، الخيار واثره في العقود، مطبعة المقهوي، ج1، ط2، الكويت، 1985، ص727\_ ص728.
- <sup>17</sup> حسام الدين كامل الاخواني، عقد البيع في القانون الكويتي، دار ذات السلاسل، الكويت، 1989م، ص726.
- <sup>18</sup> غسق خليل ابراهيم، المسؤولية المدنية الناشئة عن الاخلال بعقد المعلوماتية الاطاري، ط1، المركز العربي، القاهرة، 2018، ص132.
- <sup>19</sup> حمدي احمد سعد، القيمة النقدية للمستندات الاعلانية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007، ص127.
- <sup>20</sup> احمد إبراهيم، التزام التبرعات، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة، العدد الأول، 1933، مطبعة الرغائب، ص62.
- <sup>21</sup> علي حيدر، درر الاحكام شرح مجلة الاحكام، ج2، منشورات مكتبة النهضة، بيروت وبغداد، بدون سنة طبع، ص489.
- <sup>22</sup> المادة 1128 من القانون المدني العراقي " الشفعة هي حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة." المادة (1111) من القانون المدني فرنسي "عقد الأطار هو اتفاق يحدد الأطراف بمقتضاه الخصائص العامة لعلاقتهم التعاقدية المستقبلية وتحدد عقود التطبيق كيفية تنفيذ هذا الاتفاق" كما نصت المادة 188 من القانون المدني المصري " الفضالة هي ان يتولى شخص عن قصد القيام بشيء عاجل لحساب شخص آخر ، دون ان يكون ملزماً بذلك " .
- <sup>23</sup> -
- <sup>24</sup> د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري د. محمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، 2018، ص237.
- <sup>25</sup> د. عبد الرزاق احمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، ج1، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص482.
- <sup>26</sup> د. سليمان مرقس، نظرية العقد، ط1، دار الكتب القانونية، بغداد، 1998، ص186.
- <sup>27</sup> المادة 128 من القانون المدني العراقي ((1 - يلزم ان يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالأشارة اليه او الى مكانه الخاص ان كان موجوداً وقت العقد او ببيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات، او بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف. 2 - على انه يكفي ان يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر)).
- <sup>28</sup> د. ثروت عبد الحميد، ضمان مطابقة المبيع لوجهة الاستعمال، دار ام القرى للطبع والنشر، 1995، ص19 وما بعدها.
- <sup>29</sup> محمود محمد عوض سلامة، هلاك المعقود عليه، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012، ص72.
- <sup>30</sup> (37) Henri, Leon et Jean Mazeaud : Droit Civil, t11<3e ed , Paris , 1968 , N 948 , p778
- نقلا عن: د. علي شاكر البدري، التغيير الجبري لمالك العين واثره في التصرفات القانونية، أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة كربلاء، 2013، ص9.
- <sup>31</sup> قرار محكمة استئناف ميسان الاتحادية بصفتها التمييزية المرقم، 46/ 2015 الصادر في 2015/4/9 قرار منشور على الرابط التالي <https://www.hjc.iq/qview.2227/> تاريخ الزيارة 2\_5\_2021.
- <sup>32</sup> قرار محكمة التمييز المرقم 34/ حقوقية في 1963/4/11، قضاء محكمة تمييز العراق ، تصدر عن المكتب الفني في محكمة تمييز العراق ، المجلد الاول ، القرارات الصادرة سنة 1966، ص30.

<sup>33</sup> قرار محكمة النقض المصرية في 19 يناير 1911، ص119، نقلاً عن د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج1، مصدر سابق، ص366.

<sup>34</sup> Cass . civ . 15 nov . 1985,R.T.D.C,1986,P370.

<sup>35</sup> علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد (الكاساني)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982، ص164.

<sup>36</sup> ناصر جميل محمد الشمالية، كسب ملكية المضمونات، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1998، ص37.

<sup>37</sup> محمد امين بن عمر ابن العابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج5، دار عالم الكتب، بيروت، 1423هـ، 2003م، ص117.

<sup>38</sup> ابن رجب، القواعد الفقهية، ج2، ط1، مطبعة الصدق الخيرية، مصر، 1933، ص29.

<sup>39</sup> شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، دار احياء الكتب العربية، القاهرة، دون سنة طبع 420 و436. وينظر: الكاساني، ج6، مصدر سابق، ص218.

<sup>40</sup> المادة (293) من مجلة الاحكام العدلية التي نصت ((إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك من مال البائع ولا شيء على المشتري)).

<sup>41</sup> شمس الدين أبي عبدالله محمد ابن أبي بكر المعروف ابن قيم الجوزية، اعلام الموقعين عن رب العالمين، ج2، دار الفكر، بيروت، بدون سنة، ص10.

<sup>42</sup> الشيخ إبراهيم بن محمد بن سالم بت ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، ج1، ط5، المكتب الإسلامي، بيروت، 1402هـ\_1982م، ص435. الكاساني، ج5، مصدر سابق، ص289.

<sup>43</sup> محمد بن عبد الله الخرخشي، شرح مختصر الخليل، ج6 بدون طبعة، دار الفكر للطباعة، بيروت، بدون سنة طبع، ص134.

<sup>44</sup> إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي الشافعي، المهذب، ج1، مصدر سابق، ص324. وينظر: أبو محمد موفق الدين عبدالله بن احمد بن محمد ابن قدامه، المغني، ج5، ط1، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ص161.

وكذلك ينظر: محمد بن الحسن الطوسي، المبسوط في فقه الامامية، ج3، المكتبة المرتضوية لاحياء الاثار الجعفرية، 1387هـ، ص83.

<sup>45</sup> أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، ج4، مصدر سابق، ص248. وأيضاً: ابن منظور، ج12، مصدر سابق، ص392. وكذلك ينظر: الفيروز ابادي، مصدر سابق، ص1466.

<sup>46</sup> د. جمال احمد زيد الكيلاني، بيع المعدوم وتطبيقاته المعاصرة في مجال الديون، بحث منشور على الشبكة المعلوماتية (الانترنت) على الرابط التالي

[https://www.researchgate.net/publication/324438876\\_by\\_almdwm\\_wttbyqath\\_almasrt\\_fy\\_mj\\_al\\_aldywn\\_Selling\\_the\\_Unowned\\_and\\_Its\\_Contemporary\\_Implications\\_in\\_the\\_Area\\_of\\_Deb](https://www.researchgate.net/publication/324438876_by_almdwm_wttbyqath_almasrt_fy_mj_al_aldywn_Selling_the_Unowned_and_Its_Contemporary_Implications_in_the_Area_of_Deb)

t تاريخ الزيارة 2021/2/10، الساعة العاشرة صباحاً.

<sup>47</sup> محمد بن احمد بن ابي سهل شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة بيروت، ج12، ط1، 1409هـ، 1989ص166.

<sup>48</sup> الدسوقي، ج3، مصدر سابق، ص55.

<sup>49</sup> سليمان بن عمر البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج3، دار الفكر العربي، بيروت، 2005م، ص278.

<sup>50</sup> ابن قيم الجوزية، ج2، مصدر سابق، ص29.

<sup>51</sup> الشيخ مرتضى الانصاري، المكاسب، ج1، مطبعة باقري، قم المقدسة، ايران، 1420هـ، 1999م، ص492.

<sup>52</sup> اما الغرر في الاصطلاح القانوني نجد فقهاء القانون يتحدثون عن الغرر بالمصطلح القانوني المقابل له فالقانون العراقي والقوانين محل البحث والمقارنة ذكرت الغرر كأسم لعنوان يتضمن العقود الاحتمالية فأسمتها بعقود الغرر، وهذه الأخيرة تقابل العقود الاحتمالية. وعقود الغرر(الاحتمالية) هي عقود لا يستطيع معرفة اماكن وجود محلها ولا تحديد المقابل فيها عند التعاقد، بل يكون الامر فيها متروكا للمستقبل تبعاً لحدوث امر غير محقق الحصول او غير معروف وقت حصوله.

محمد كامل مرسي، العقود المدنية الصغيرة، ط2، مطبعة فتح الله الياس، القاهرة، 1938، ص15. وينظر أيضاً: عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني، معهد الدراسات العالية، القاهرة، 1958، ص42.

<sup>53</sup> السرخسي، ج13، مصدر سابق، ص15 وما بعدها.

<sup>54</sup> السرخسي، ج13، المصدر نفسه، ص15.

<sup>55</sup> الكاساني، ج4، مصدر سابق، ص547.

<sup>56</sup> عبد المجيد عبدالله ديه، القواعد والضوابط الفقهية لاحكام المبيع في الشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه مقدمة الى الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، 2002، ص82.

<sup>57</sup> عرف الفقه الإسلامي السلم بأنه ((بيع شيء غير موجود بالذات بثمن مقبوض في الحال علي ان يوجد الشيء ويسلم المشتري في ويسعى المشتري المسلم او السلم ويسعى البائع ويسمى المبيع ويسمى الثمن راس مال السلم)) أشار اليه د. وهبه الوحيلي، الفقه الإسلامي وادلته، ج24، ط1، دار الفكر العربي، دمشق، 1405هـ، ص99. ولم تورد القوانين محل

البحث نصا خصوصا ببيع السلم الا انها بالوقت نفسه اجازت التعامل في الشيء المستقبلي متى ما كان معيننا تعيين نافيا للجهالة حيث يرى جانب من الفقه ليس هناك ضرورة ملحة للنص على السلم في قواعد خاصة لانه يتفق مع القواعد العامة التي تنظم محل العقد ولا يعد استثناء عليها، أشار اليه د. علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والايجار، ط1، دار الثقافة، عمان، 2012، ص173. الا اننا نرى من الضروري النص عليه في القوانين التي لم تتناوله لماله من أهمية وتيسير أمور الناس.<sup>58</sup> يراد بالاستصناع (( عقد يشتري به في الحال شيء مما يصنع صنعا يلزم البائع بتقديمه مصنوعا بمواد من عنده بأوصاف مخصوصة وبثمن محدد)). ينظر في ذلك: ابن العابدین، ج5، مصدر سابق، ص225. الدسوقي، ج4، مصدر سابق، ص315. علي الخفيف، احكام المعاملات الشرعية، ج3، ط3، مركز العصر للثقافة والنشر، بيروت، 2010م، ص1431، ص430، ابن القيم الجوزية، ج1، مصدر سابق، ص415. الكاساني، ج7، مصدر سابق، ص125.<sup>59</sup> سورة النساء: الاية 29.

<sup>60</sup> صحيح مسلم، شرح النووي، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصة والبيع فيه الغرر، ج10، ط1، المطبعة المصرية بالأزهر، القاهرة، 1347هـ، ص156.

<sup>61</sup> حيث جاء في المادة 209 من مجلة الاحكام العدلية التي نصت على القول: (( بيع ما هو غير مقدور التسليم باطل كبيع سفينة غرقت لا يمكن إخراجها من البحر او حيوان ناد لا يمكن امساكه وتسليمه)).

<sup>62</sup> سورة البقرة: الاية 275.

<sup>63</sup> ربا النسئية يراد به (( زيادة مالية على مبلغ القرض من اجل تأجيل وفاء الدين لوقت معلوم) ويسمى هذا النوع من الربا بربا القرض بمعنى اخذ الفائدة على القرض. اما ربا الفضل يراد به ( الزيادة المشروطة بين الأموال العينية المتجانسة سواء كانت تقاس بمعيار الوزن او الكيل وهذه الزيادة في احدى العوضين مقابل الاخر الذي هو نفس جنسه محرمة في الشرع ولو كان العوضان مختلفين في الجودة او الشكل))، ينظر: أبو محمد موفق الدين عبدالله بن احمد بن محمد ابن قدامة ج4، مصدر سابق، ص3.

<sup>64</sup> ابن قدامة، ج4، المصدر نفسه، ص43.

<sup>65</sup> شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن علي بن محمود بن أحمد بن أحمد الكفاني العسقلاني، بلوغ المرام من ادلة الاحكام، مطبعة مصطفى محمد، القاهرة، بدون سنة طبع، ص170.

<sup>66</sup> الحسن بن يوسف بن علي بن محمد بن مطهر المعروف بالعلامة الحلبي، مختلف الشيعة في احكام الشريعة، ج2، ط2، المكتبة الشيعية، النجف الاشرف، 1412هـ، ص424.

<sup>67</sup> السيد محمد تقي المدرسي، مصدر سابق، ص185.

<sup>68</sup> فريدتيان، التعبير عن الارادة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، 1985، ص49.

<sup>69</sup> عبد المجيد محمد الحفناوي، نظرية الغلط في القانون الروماني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص5. وهناك تعريفات أخرى للغلط اذ يعرفه البعض ((بانه وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيصور له الامر على غير الواقع والحقيقة ويكون هو الدافع الى التعاقد)). ينظر: ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج1، ط1، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الاردن، 2002، ص453. ومنهم من ذهب الى انه (حالة تقوم في النفس فتحملها على توهم غير الواقع والواقع قد يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الانسان صحتها، او واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها). ينظر: حسن علي الذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي، (نظرية العقد)، معهد الدراسات العربية العالمية، 1956، ص46. وينظر أيضا: د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، ط1، بدون مكان نشر، 1991، ص157. وينظر أيضا: عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، ج1، مصدر سابق، ص80.

<sup>70</sup> يسمى هذا النوع من الغلط في الفقه الإسلامي بالغلط الحائل لأنه يحول دون انعقاد العقد.

<sup>71</sup> عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات في القانون الكويتي، ج2، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص102.

<sup>72</sup> حسين عطا حسين سالم، نظرية الغلط في القانون والشريعة الإسلامية، ط1، دار الحدائق للطباعة والنشر، بيروت، 1986، ص86.

<sup>73</sup> يقابل ذلك نص المادة 1132 من القانون الفرنسي الجديد حيث نصت ((يكون الغلط في القانون او في الواقع، مادام غير مغتفر في سبب لبطلان العقد حينما يتعلق بصفات جوهرية في الأداء المستحق او في المتعاقد الاخر)) والصفات الجوهرية بينتها المادة 1133 من القانون نفسه ((الصفات الجوهرية في الأداء هي تلك التي يتم الاتفاق عليها صراحة او ضمنا والتي يتعاقد الطرفان بسببها)).

<sup>74</sup> د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في نظرية العقد، ج1، انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، بدون طبعة، سنة 1967، ص259. وينظر أيضا: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، مصدر سابق، ص71. نجد القضاء والفقه الفرنسي استبعد الغلط المانع كونه لا يعيب ارادة العاقد بل يعدهما وبصرفها عن مسيرتها، وقد ناقش جانب من الفقه الرأي السابق بقوله: ((ان الغلط الذي يقع في ماهية العقد او في وجود المحل او ذاتيته او بسبب الالتزام يمنع تكوين العقد لا للغلط في ذاته بل لأن ارادتي العاقدين لم تتوافق والعقد لا يتم الا بتوافق ارادتين فهذا النوع من الغلط لا يدخل في نظرية الغلط بل في انعقاد العقد او انشائه فاذا لم تتوافق الارادتان على ماهية العقد او محله او سببه فالعقد لا ينشأ

ولا يظهر الى الوجود ولسنا بحاجة الى نظرية الغلط للقول بعدم وجود العقد وطلانه بطلانا مطلقا)). ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، ج1، مطبعة نديم، بغداد، بدون سنة، ص131. فالغلط في المعقود عليه بعدم الارادة ولا يعيبيها لوروده على وجود الشيء وجنسه، وعلى الصعيد نفسه نجد الفقه والقضاء يذهب الى إقامة اختلاف جنس المعقود عليه على أساس نص المادة (117) من القانون المدني العراقي والمقابلة لنص المادة (120) من القانون المدني المصري، وهذا ما اتجهت اليه محكمة التمييز الاتحادية إذ ذهبت في إحدى قراراتها ( إذا ظهرت مساحة العقار المبيع ناقصة نقصا يتأثر به الثمن المسمى جملة واحدة وكان يتعذر تبويض الصفقة للضرر فالمشتري حق فسخ العقد طبقا لنصوص المواد ( ١١٧، ١١٨، ٥٤٤ ) مدني ولا محل للرجوع الى احكام افراغ الأراضي الأميرية وقياس الملك الصرف في الحكم عليها بعد وجود النصوص الصريحة في هذا الشأن.

<sup>75</sup> جلال علي العدوي، أصول المعاملات، المكتب المصري للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1966، ص135. محمد عبد الوهاب محمد الزبيدي، تغيير الشيء واثره في التصرفات والوقائع القانونية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 2006، ص31.

<sup>76</sup> د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، ج1، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2008، ص99. وينظر أيضا: محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 1961، ص180.

<sup>77</sup> عبد المنعم البدر اوي، الوجيز في عقد البيع، النسر الذهبي للطباعة، دون ذكر مكان نشر، 1998، ص229. وينظر أيضا: احمد حشمت أبوسيتيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ط2، مطبعة مصر، القاهرة، 1954، ص144.

<sup>78</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج4، مصدر سابق، ص629.

<sup>79</sup> اما القانون المدني المصري فإن دعوى الغلط يجب ان ترفع خلال ثلاث سنوات من وقت الوقوع بالغلط او العلم به او خلال خمس عشرة سنة من وقت البيع وذلك عملا بحكم المادة 141 من القانون المدني المصري، بينما المشرع الفرنسي جعل مدة سقوط الحق في رفع دعوى الغلط كذلك ينظر المادة 101 مدني جزائري، 186 مدني كويتي، 89 معاملات مدنية اماراتي.

<sup>80</sup> كمال ثروت الوندواوي، شرح احكام عقد البيع دراسة مقارنة مع مجموعة من التشريعات العربية والأجنبية، ط1، بدون مكان نشر، 1976، ص264.

<sup>81</sup> المادة (119) من القانون المدني العراقي التي نصت (( لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط ان يتمسك به الا اذا كان المتعاقد الاخر قد وقع في نفس الغلط او كان على علم به او كان من السهل عليه ان يتبين وجوده)).

<sup>82</sup> ويقابلها المادة (٤٣٥) من القانون المدني المصري التي نصت ((يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري ويتمكن من حيازته والانتفاع به من دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادي مادام البائع قد علمه بذلك ويحصل هذا التسليم على نحو يتفق مع طبيعة الشيء المبيع)). وبنفس الاتجاه ذهب الفرنسي في المادة 1197 من القانون المدني الفرنسي الجديد حيث نصت (( يتضمن الالتزام بتسليم شيء الالتزام بالمحافظة عليه الى حين تسليمه مع العناية به عناية الشخص العادي)). وكذلك المشرع اللبناني في قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمشرع السوري في المادة ٢٤٣ من القانون المدني السوري.

<sup>83</sup> المادة 539 من القانون المدني العراقي التي نصت (( اذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشتراها من المالك فلا حاجة الى قبض جديد سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان او يد امانة)). وكذلك المادة

(540) من القانون نفسه نصت ((1 - اذا اجر المشتري المبيع قبل قبضه الى بائعه او باعه او وهبه اياه او رهنه له او تصرف له فيه اي تصرف اخر يستلزم القبض، اعتبر المشتري قابضا للمبيع. 2 - واذا اجره قبل قبضه لغير البائع او باعه او وهبه او رهنه او تصرف فيه اي تصرف اخر يستلزم القبض وقبضه العاقد، قام هذا القبض مقام قبض المشتري)). كما

اختلف الفقه في تعريف التسليم منهم من عرفه بأنه ( نقل السلطة والسيطرة على البضائع بصورة مطابقة لما تم التعاقد عليه)). ينظر: محمود سمير شرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، ط2، دار النهضة

العربية، القاهرة، 2002، ص187. ومنهم من ذهب إلى انه ((طريقة من الطرائق الاختيارية غير الرسمية لنقل الملكية، بنقل وضع اليد المستند الى سبب صحيح وينحصر في مناولته الشيء المراد ملكيته يدا بيد)). ينظر: عمر ممدوح مصطفى،

القانون الروماني، ج1، مطابع البصير، الإسكندرية، 1954، ص272. ويفهم من تعريف الفقهاء بأن التسليم اجراء يؤدي إلى نقل حيازة المعقود عليه من احد المتعاقدين الى المتعاقد الاخر، وهذا ما اتجهت اليه محكمة النقض المصرية في احدى

احكامها ((تسليم المبيع يتم بوضعه تحت تصرف المشتري، إذ يتمكن من حيازته والانتفاع به بغير حائل، مع اعلام المشتري بأن المبيع تحت تصرفه)). ينظر: قرار محكمة النقض المصرية المرقم 1325 لسنة 1988، نقلا عن: د. عبد

الرازق السنهوري، الوسيط، ج4، مصدر سابق، ص517.

<sup>84</sup> توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، المكتب المصري للطباعة والنشر، الإسكندرية، سنة 1970م، ص243.

<sup>85</sup> لم يرد في القانون المدني العراقي ولا القوانين محل البحث والمقارنة تعريفا لضمان المطابقة، بل تمت الإشارة اليه في نصوص القوانين الخاصة بصورة صريحة، حيث نصت المادة الفقرة الأولى من المادة الثامنة من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 (( للمستهلك خلال أربعة عشر يوما من تسلّم اية سلعة الحق في استبدالها او اعادتها مع استرداد قيمتها، وذلك اذا شاب السلعة عيب او كانت غير مطابقة للمواصفات او الغرض الذي تم التعاقد عليها من اجله...)). نجد من هذه المادة ان المشرع المصري اعتبر التزام المطابقة حقا من حقوق المستهلك ويجب فيه ان يكون

المعقود عليه مطابقاً للمواصفات المتفق عليها في العقد. وبنفس الاتجاه ذهب المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك الفرنسي رقم (93/949) لسنة 1993 حيث نصت الفقرة الرابعة من المادة 211 ((يلتزم البائع بأن يسلم شيئاً مطابقاً للعقد ويضمن عيوب المطابقة الموجودة عند التسليم))، ولم نجد إشارة إلى ضمان المطابقة في قانون حماية المستهلك العراقي رقم 1 لسنة 2010 واكتفى بالقواعد العامة في القانون المدني.

<sup>86</sup> جمال محمود عبد العزيز، الالتزام بضمان المطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996، ص2.

<sup>87</sup> فيصل عدنان عبد شيعان، الاخطار بعيب عدم المطابقة كواجب على المشتري في ظل اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع فينا 1980، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد الأول، 2018، ص408.

<sup>88</sup> دمحسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 1988، ص13.

<sup>89</sup> ينظر في ذلك نص المادة 150 من القانون المدني العراقي، والمادة 148 من القانون المدني المصري.

<sup>90</sup> Schlechtriem < uniform salse law \_the un convention on contracts for the international sales of gods < manz Vienna 1986 < p67

<sup>91</sup> جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من اضرار المنتجات الصناعية المعيبة، دار النهضة العربية، بدون طبعة، بدون سنة طبع، ص97.

<sup>92</sup> ممدوح محمد علي مبروك، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص33.

<sup>93</sup> ايمان طارق الشكري، اثر الشرط في حكم العقد، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بابل، 1998، ص29.

<sup>94</sup> د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة. المصادر الارادية للالتزام، ط1، جامعة الكويت، 1995، ص270.

<sup>95</sup> العلامة الحلبي، قواعد الاحكام في معرفة الحلال والحرام، ج2، ط1، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، 1418، 262. وينظر: محمد الحسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج26، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1432هـ

ق، ص234 0 ص401. وينظر: ابي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة نشر، ص160.

<sup>96</sup> محمد عبد الوهاب الزبيدي، مصدر سابق، ص88.

<sup>97</sup> سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 2006، ص81.

<sup>98</sup> يستكمل العقد في حالة وجود نقص فيه وفقاً للقواعد التي تحكمه، فإذا كنا امام عقد ايجار سرت عليه احكام عقد الايجار التي نص عليها القانون، والقواعد القانونية منها قواعد امره وأخرى مكمله وكلاهما يستعين بهما القاضي لسد النقص الموجود في العقد، فعلى سبيل المثال يستعين القاضي بالقواعد المكمله لأرادة المتعاقدين في حالة عدم ذكر مكان تسليم المعقود عليه في عقد البيع عملاً بحكم المادة 541 من القانون المدني العراقي التي نصت ((1 - مطلق العقد يقتضي بتسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه وقت التعاقد وإذا كان المبيع منقولاً ولم يعين محل وجوده اعتبر مكانه محل إقامة البائع...))، وهذه القواعد يستطيع المتعاقدين الاتفاق صراحة أو ضمناً على استبعادها أو تقييدها على النحو الذي يريدانه كونها لا تتعلق بالنظام العام، ينظر: محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقهاء الإسلامي، أطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة عين الشمس، مصر، 1992، ص29. اما القواعد الامرة التي يستعين بها القاضي لإكمال النقص في العقد مثلاً ضمان التعرض، اذ لا يمكن للبائع اعفاء نفسه من هذا الضمان كونه يتعلق بالنظام العام عملاً بحكم المادة(549) من القانون المدني العراقي التي نصت((ويثبت ضمان التعرض، ولو لم ينص عليه في العقد)).

<sup>99</sup> في حالة عدم إيجاد القاضي حلاً مناسباً وفقاً للقواعد القانونية بنوعها الامرة والمفسرة، يتجه لقواعد العرف، والعرف هنا العرف المكمل الذي يتم الرجوع اليه لتكملة العقد الناقص، لا العرف المفسر لإرادة المتعاقدين والذي يتم الرجوع اليه عند غموض العقد، ينظر في ذلك: سهير حسن هادي، الشرط المؤلف في العقد، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بابل، 2008، ص14.

<sup>100</sup> اما قواعد العدالة يتم اللجوء اليها عند تعذر اكمال النقص الذي يعتري العقد وفق القواعد القانونية والعرف، فمن مقتضيات العدالة جواز ادراج شرطا في عقد البيع بعد إمكانية قيام بائع المحل التجاري بمنافسة المشتري، ينظر في ذلك: ايمان طارق الشكري، سلطة القاضي في تفسير العقد، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، 2002، ص50.

<sup>101</sup> عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، بدون طبعة، 1972، ص109.

<sup>102</sup> سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، مصدر سابق، ص81.

<sup>103</sup> د. امجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الثقافة والنشر العلمية للتوزيع، عمان، 2003، ص169. رعد عبد الأمير مظلوم الخزرجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية، بحث منشور في مجلة جامعة ديالى، العدد 64، سنة 2014، ص185.

المصادر.

أولاً / كتب اللغة.

1- أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج1، ط1، دار الجيل، بيروت، سنة 1999.

- 2- ابو الفضل جمال الدين محمد بن المكرم ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، بيروت، ج4، ط2 ، احياء التراث العربي، 1992.
- 3- احمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج1، ط1، مؤسسة الرسالة للطبع والنشر، 2005، مادة (حلل).
- 4- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، القاموس المحيط، دار الجليل، لبنان، بيروت، ج1، الطبعة السادسة، 1419 هـ.
- ثانياً / كتب الفقه الإسلامي.
1. ابن رجب، القواعد الفقهية، ج2، ط1، مطبعة الصدق الخيرية، مصر، 1933.
2. أبو اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي، ج3، ط1، دار القلم، دمشق، 1996.
3. أبو حامد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، ج3، دار السلام، القاهرة، 1417.
4. أبو محمد موفق الدين عبدالله بن احمد بن محمد ابن قدامه، المغني، ج5، ط1، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، بدون سنة نشر.
5. ابي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة نشر.
6. ابي عبد الرحمن محمد بن عبد الواحد الحنبلي، صحاح الأحاديث، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، 1971.
7. احمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001.
8. احمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، ط1، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1954.
9. أيوب بن موسى الحسيني القريمي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق العربية، بدون طبعة، مؤسسة الرسالة، لبنان، بيروت، بدون سنة طبع.
10. جعفر بن الحسن أبو القاسم نجم الدين المحقق الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، بدون طبعة، المجلد الأول، القسم الثاني، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1978.
11. الحسن بن يوسف بن علي بن محمد بن مطهر المعروف بالعلامة الحلي، مختلف الشيعة في احكام الشريعة، ج2، ط2، المكتبة الشيعية، النجف الاشرف، 1412هـ.
12. سراج الدين بن نجيب، النهر الفائق، ج3، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت ، بدون سنة طبع.
13. سليمان بن عمر البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج3، دار الفكر العربي، بيروت، 2005م.
14. السيد كاظم الحسيني الحائري، فقه العقود، ج2، ط3، مجمع الفكر الإسلامي، قم المقدسة، 1323هـ.
15. شمس الدين ابي الفرج عبد الرحمن ابن ابي عمر ابن قدامه، الشرح الكبير على متن المفتاح، ج4، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون سنة.
16. شمس الدين ابي عبدالله محمد ابن ابي بكر المعروف ابن قيم الجوزية، اعلام الموقعين عن رب العالمين ، ج2 ، دار الفكر، بيروت ، بدون سنة.
17. شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج3، دار احياء الكتب العربية ، القاهرة، دون سنة طبع.
18. شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن علي بن محمود بن أحمد بن أحمد الكفائي العسقلاني، بلوغ المرام من ادلة الاحكام، مطبعة مصطفى محمد، القاهرة، بدون سنة طبع.
19. الشيخ إبراهيم بن محمد بن سالم بت ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، ج1، ط5، المكتب الإسلامي، بيروت، 1402هـ\_ 1982م.
20. الشيخ مرتضى الانصاري، المكاسب، ج1، مطبعة باقري، قم المقدسة، ايران، 1420هـ، 1999م.
21. صحيح مسلم ، شرح النووي، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع فيه الغرر، ج10، ط1، المطبعة المصرية بالأزهر، القاهرة، 1347هـ.
22. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد الأول، بدون طبعة، دار القلم، بيروت، بدون سنة طبع.
23. عبد الستار أبو غده، الخيار واثره في العقود، مطبعة المقهوي، ج1، ط2، الكويت، 1985.
24. علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد (الكاساني)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ط2، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1982.
25. العلامة الحلي، قواعد الاحكام في معرفة الحلال والحرام، ج2، ط1، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، 1418 .
26. علي الخفيف، احكام المعاملات الشرعية، ج3، ط3، مركز العصر للثقافة والنشر، بيروت، 2010م، 1431هـ.
27. علي حيدر، درر الاحكام شرح مجلة الاحكام، ج2، منشورات مكتبة النهضة، بيروت وبغداد، بدون سنة طبع.
28. فريد فتیان، التعبير عن الارادة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، 1985.
29. قطب مصطفى سانو، معجم مصطلحات أصول الفقه، ج1، ط1، دار الفكر ، دمشق، 2000م.
30. محمد الحسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج26، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم، 1432هـ.
31. محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت، 1569م.

32. محمد امين بن عمر ابن العابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج5، دار عالم الكتب، بيروت، 1423هـ، 2003م.
  33. محمد بن احمد بن ابي سهل شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة بيروت، ج12، ط1، 1409هـ، 1989.
  34. محمد بن الحسن الطوسي، المبسوط في فقه الامامية، ج3، المكتبة المرتضوية لاحياء الاثار الجعفرية، 1387هـ.
  35. محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح مختصر الخليل، ج6. بدون طبعة، دار الفكر للطباعة، بيروت، بدون سنة طبع.
  36. محمد تقي المدرسي، احكام المعاملات، ط3، مركز العصر للثقافة والنشر، بيروت، 1431هـ\_ 2010م ص185.
  37. محمد عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، ط1، دار الفكر، بيروت، 1410.
  38. منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1614م.
  39. ناصر جميل محمد الشمايلة، كسب ملكية المضمونات، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1998.
  40. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ط1، ج1، دار الفكر، دمشق، 1986.
  41. وهبه الوحيلي، الفقه الإسلامي وادلته، ج24، ط1، دار الفكر العربي، دمشق، 1405هـ.
- ثالثاً / الكتب القانونية.
1. ابراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة. المصادر الارادية للالتزام، ط1، جامعة الكويت، 1995.
  2. احمد حشمت أبو سنيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ط2، مطبعة مصر، القاهرة، 1954.
  3. امجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الثقافة والنشر العلمية للتوزيع، عمان، 2003.
  4. توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، المكتب المصري للطباعة والنشر، الإسكندرية، سنة 1970م.
  5. ثروت عبد الحميد، ضمان مطابقة المبيع لوجهة الاستعمال، دار ام القرى للطبع والنشر، 1995.
  6. جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من اضرار المنتجات الصناعية المعيبة، دار النهضة العربية، بدون طبعة، بدون سنة طبع.
  7. جلال علي العدوي، أصول المعاملات، المكتب المصري للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1966.
  8. جمال محمود عبد العزيز، الالتزام بضمن المطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996.
  9. حسام الدين كامل الاهواني، عقد البيع في القانون الكويتي، دار ذات السلاسل، الكويت، 1989م.
  10. حسن علي الذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي، (نظرية العقد)، معهد الدراسات العربية العالمية، 1956.
  11. حسين عطا حسين سالم، نظرية الغلط في القانون والشريعة الإسلامية، ط1، دار الحداثة للطباعة والنشر، بيروت، 1986.
  12. حمدي احمد سعد، القيمة النقدية للمستندات الاعلانية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007.
  13. خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.
  14. سليمان مرقس، نظرية العقد، ط1، دار الكتب القانونية، بغداد، 1998.
  15. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، ج1، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2008.
  16. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات في القانون الكويتي، ج2، مطبوعات جامعة الكويت، 1982.
  17. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، بدون طبعة، 1972.
  18. عبد الرزاق احمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، ج1، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
  19. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في نظرية العقد، ج1، انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، بدون طبعة، سنة 1967.
  20. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، بدون طبعة، بدون مكان طبع، 2006.
  21. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري د. محمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، 2018.
  22. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، ج1، مطبعة نديم، بغداد، بدون سنة.
  23. عبد المنعم البدر اوي، الوجيز في عقد البيع، النسر الذهبي للطباعة، دون ذكر مكان نشر، 1998.
  24. عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني، معهد الدراسات العالية، القاهرة، 1958.
  25. علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والايجار، ط1، دار الثقافة، عمان، 2012.
  26. عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، ج1، مطابع البصير، الإسكندرية، 1954.
  27. غسق خليل ابراهيم، المسؤولية المدنية الناشئة عن الاخلال بعقد المعلوماتية الاطاري، ط1، المركز العربي، القاهرة، 2018.
  28. كمال ثروت الوند اوي، شرح احكام عقد البيع دراسة مقارنة مع مجموعة من التشريعات العربية والأجنبية، ط1، بدون مكان نشر، 1976.
  29. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 1988.
  30. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، عقد الايجار، دار محمود، القاهرة، المجلد السابع، بدون طبعة، بدون سنة طبع.

31. محمد كامل مرسي، العقود المدنية الصغيرة، ط2، مطبعة فتح الله الياس، القاهرة، 1938.
32. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 1961.
33. محمود سمير شرفاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
34. محمود محمد عوض سلامة، هلاك المعقود عليه، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012.
35. ممدوح محمد علي مبروك، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
36. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، ط1، بدون مكان نشر، 1991.
37. ناصر جميل محمد الشمالية، كسب ملكية المضمونات، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1998.
38. ياسين محمد الجبوري، الميسوط في شرح القانون المدني، ج1، ط1، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الاردن، 2002.
- رابعاً / الرسائل والأطاريح الجامعية.**
1. ايمان طارق الشكري، اثر الشرط في حكم العقد، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بابل، 1998.
2. ايمان طارق الشكري، سلطة القاضي في تفسير العقد، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، 2002.
3. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 2006.
4. سهير حسن هادي، الشرط المؤلف في العقد، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بابل، 2008.
5. عبد المجيد عبدالله، القواعد والضوابط الفقهية لاحكام المبيع في الشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه مقدمة الى الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، 2002.
6. علي شاكر البدري، التغيير الجبري لمالك العين واثره في التصرفات القانونية، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة كربلاء، 2013.
7. محمد عبد الوهاب محمد الزبيدي، تغيير الشيء واثره في التصرفات والوقائع القانونية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 2006.
8. محمد عبد الوهاب محمد الزبيدي، تغيير الشيء واثره في التصرفات والوقائع القانونية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 2006.
9. محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة عين الشمس، مصر، 1992.
10. محمد غانم يونس الأمين، سلطة القاضي في تكميل العقد، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 2017.
- خامساً / البحوث القانونية.**
1. احمد إبراهيم، التزام التبرعات، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة، العدد الأول، 1933، مطبعة الرغائب.
2. فيصل عدنان عبد شياح، الاخطار بعيب عدم المطابقة كواجب على المشتري في ظل اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع فينا 1980، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد الأول، 2018.
- سادساً / مصادر القرارات القضائية.**
1. قضاء محكمة تمييز العراق، تصدر عن المكتب الفني في محكمة تمييز العراق، المجلد الاول، القرارات الصادرة سنة 1966.
- سابعاً / القوانين.**
1. القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل.
2. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل.
3. لقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
- ثامناً / المواقع الالكترونية.**
1. جمال احمد زيد الكيلاني، بيع المعدم وتطبيقاته المعاصرة في مجال الديون، بحث منشور على الشبكة المعلوماتية الانترنت) على الرابط التالي [https://www.researchgate.net/publication/324438876\\_by\\_almdwm\\_wttbyqath\\_almast\\_fy\\_mjal\\_aldyw](https://www.researchgate.net/publication/324438876_by_almdwm_wttbyqath_almast_fy_mjal_aldyw) تاريخ الزيارة 2021/2/10، الساعة العاشرة صباحاً.
2. قرار محكمة استئناف ميسان الاتحادية بصفتها التمييزية المرقم، 46/ 2015 الصادر في 2015/4/9 قرار منشور على الرابط التالي <https://www.hjc.iq/qview.2227/>.
- تاسعاً / المصادر الأجنبية.**
- 1\_ Henri ,Leon et Jean Mazeaud : Droit Civil, t11<3e ed , Paris , 1968 , N 948 ,p778
- 2\_ Schlechtriem< unform salse law \_the un convention on contracts for the international sales of gods< manz Vienna 1986< p67
- 3\_ Cass . civ . 15 nov . 1985,R.T.D.C,1986,P370.